This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.

+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.

+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.

+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

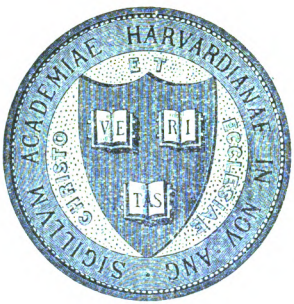
About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

3 2044 103 215 018

Digitized by Google

B & D Dec. 1929



HARVARD LAW LIBRARY

Received Mar 9, 1929

Digitized by Google

Germany

Digitized by Google

Digitized by Google

3 —
Oct. 28
71

Die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts.

Von

Dr. Wilhelm A. Müller,
Gerichtsassessor in Halle a. S.

Berlin, 1907.
Verlag von Franz Vahlen.
W. 8, Mohrenstraße 13/14.

Digitized by Google

Lehrbuch des
Deutschen Zivilprozeßrechts.
für das akademische Studium.

Von

Dr. Georg Kleinfeller,

o. ö. Professor der Rechte an der Universität in Kiel.

1905. Mit Nachtrag: Änderungen der ZPO. von 1905.

Geheftet 12 M. Gebunden 13 M.

— „Alles in allem liegt hier eine Arbeit vor, die nicht bloß den Studierenden und Referendaren aufs wärmste empfohlen werden kann, die vielmehr auch dem Praktiker und Theoretiker vielfache Anregungen bietet."

Oberlandesgerichtsrat Neukamp (Das Recht v. 25. VI. 06).

Schulung für die zivilistische Praxis

von

Adolf Stölzel.

Erster Teil.	Zweiter Teil.
Siebente Auflage. — 1906.	Vierte Auflage. — 1906.
Geh. 8 M. Geb. 9 M.	Geh. 10 M. Geb. 11 M.

— „Die vom Verfasser eingehaltene Methode ist jedenfalls eine praktische, vielleicht die einzige, um den Studenten weniger hilflos aus dem Hörsaal in die Praxis zu entlassen, als dies meist bisher geschah, wo nach rein theoretischen Kollegien der fleißigste Student sich mühsam seinen Weg selbst suchen mußte . . ."

(Der Gerichtssaal.)

Die Beweislast.

Von

Dr. Franz Leonhard,

Professor an der Universität Marburg.

1904. Geheftet 9 M.

— „Der Verfasser bereichert die Wissenschaft mit einer sehr umfassenden, gediegenen Arbeit, die insbesondere durch ihre fast erstaunliche Beherrschung der weitschichtigen Literatur und dadurch, daß sie nicht nur abstrakte Sätze bringt, sondern die einzelnen Paragraphen des BGB. in Hinsicht auf das Thema kommentatorisch durchgeht, hervorragt."

(Archiv für bürgerliches Recht.)

— „Das überaus gründliche, den Stoff erschöpfend darstellende, in den eigenen Ansichten höchst beachtenswerte Werk ist besonders in seinem letzten, die Einzelfragen behandelnden Teile für die Praxis sehr ergiebig und wertvoll."

(Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.)

Digitized by Google

Die Wirksamkeit
des
Pfändungspfandrechts.

Von

Dr. Wilhelm A. Müller,
Gerichtsassessor in Halle a. S.

Berlin, 1907.
Verlag von Franz Vahlen.
W. 8, Mohrenstraße 13/14.

Digitized by Google

3/2/29
Mar 9, 1929

Digitized by Google

Meinem hochverehrten Lehrer

Friedrich Stein

bei seinem Scheiden von Halle
als Zeichen herzlicher Dankbarkeit.

Digitized by Google

Digitized by Google

Inhaltsübersicht.

Einleitung.

§ 1. Fragestellung . . . . . Seite 1
§ 2. Begriff der Zwangsvollstreckung . . . . . „ 10

A. Die sachlichen Bedingungen.

I. Die sachlichen Voraussetzungen.

1. Vollstreckungstitel und Vollstreckungsfähigkeit
§ 3. a) Allgemeines . . . . . „ 19
§ 4. b) Besonderheiten bei einzelnen Vollstreckungstiteln . . „ 25
§ 5. c) Die Rechtsfolgen bei Mängeln des Titels . . . . „ 28
§ 6. 2. Die Subjekte des Vollstreckungsanspruchs (I. Staat, II. Gläubiger und Schuldner, III. Rechtsfolgen bei Mängeln) . . . . . „ 42

II. Die sachlichen Beschränkungen.

§ 7. 1. Das Rechtsschutzbedürfnis . . . . . „ 47
§ 8. 2. Das Verbot der Überpfändung . . . . . „ 51
§ 9. 3. Das Verbot der zwecklosen Pfändung . . . . . „ 53
4. Die Pfändungsverbote der §§ 811 f., 850 ff.
§ 10. a) Die Pfändungsverbote als sachliche Beschränkungen der Zwangsvollstreckung . . . . . „ 56
§ 11. b) Die Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Pfändungsverbote . . . . . „ 62
§ 12. c) Die Berechtigung und die Mittel zur Anfechtung . . „ 76
§ 13. d) Verzicht des Schuldners . . . . . „ 82
5. Zugehörigkeit des Pfandobjekts zum Vermögen des Schuldners
§ 14. a) Rechte Dritter als sachliche Beschränkungen der Zwangsvollstreckung . . . . . „ 89
§ 15. b) Pfändung einer dem Gläubiger gehörigen Sache . . „ 109

B. Die formellen Bedingungen.

I. Die formellen Voraussetzungen.

1. Die den Prozeßvoraussetzungen des Erkenntnisverfahrens analogen allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen
§ 16. a) Die Zwangsvollstreckung als prozessuales Verfahren . „ 114
§ 17. b) Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit . . . . . „ 116
§ 18. c) Vertretung . . . . . „ 120

Digitized by Google

§ 19. d) Zulässigkeit des Rechtswegs . . . . . Seite 122
e) Zuständigkeit
§ 20. α. Die Zuständigkeitsverteilung . . . . . „ 123
§ 21. β. Rechtsfolgen einer von einem unzuständigen Vollstreckungsorgan betriebenen Zwangsvollstreckung . „ 124
2. Die der Zwangsvollstreckung eigentümlichen allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen
§ 22. a) Die Vollstreckungsklausel . . . . . „ 130
b) Die Erfordernisse der §§ 750 bis 752
§ 23. α. Ihre Bedeutung im allgemeinen . . . . . „ 136
§ 24. β. Einzelheiten zu den §§ 750 bis 752 . . . . . „ 148
3. Die Form des Pfändungsaktes selbst
§ 25. a) Pfändung durch den Gerichtsvollzieher (I. Gewahrsam, II. Besitzergreifung, III. Zuziehung von Zeugen, IV. Zeit der Pfändung, V. Instruktionelle Vorschriften) . . . . . „ 151
§ 26. b) Pfändung durch das Vollstreckungsgericht (I. Zustellung des Pfändungsbeschlusses, II. Hypothekenpfändung) . „ 167

II. Die formellen Beschränkungen (Prozeßhindernisse).

§ 27. 1. Die Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners „ 172
§ 28. 2. Die Beschränkungen aus § 775 . . . . . „ 173

Quellenregister . . . . . „ 175
Sachregister . . . . . „ 176

Digitized by Google

Einleitung.*)

§ 1.

Fragestellung.

Die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen spielt unter den mannigfachen Fällen der Zwangsvollstreckung nicht nur praktisch die wichtigste Rolle, sondern sie hat auch im Gesetze die eingehendste Regelung erfahren. Namentlich eine Besonderheit aber zeichnet die Geldvollstreckung[1]) vor den sonstigen Vollstreckungsarten aus. Bei ihr läßt sich der Zweck jeder Zwangsvollstreckung, die Befriedigung des Gläubigers, nicht unmittelbar und nicht durch einen einzigen Akt herbeiführen, wie z. B. bei der Vollstreckung zur Herausgabe von Sachen mit der Wegnahme der betreffenden Sachen (§ 883), sondern es ist erst noch ein vermittelnder, vorbereitender Akt notwendig, ehe der zu vollstreckende Anspruch verwirklicht werden kann. Es muß zunächst ein Vermögensstück aus dem Verfügungsbereiche des Schuldners abgesondert werden, dann erst wird dieses in Geld umgesetzt und durch die Auszahlung des Geldes der Gläubiger befriedigt. Den ersten dieser beiden getrennten Akte bildet die Pfändung,[2]) sie ist also das Herausgreifen eines bestimmten Gegenstandes aus dem Vermögen des Schuldners und das Bereitstellen dieses Gegenstandes für die Vollstreckung. Auch dann, wenn Geldstücke oder sonstige Zahlungsmittel Objekt der Vollstreckung bilden, bei denen eine Versilberung nicht erst erforderlich ist, findet gleichwohl zunächst eine Pfändung statt und es tritt nicht unmittelbar, wie bei Sachherausgabe, die Befriedigung des Gläubigers ein. Es sind auch in diesem Falle 2 getrennte Akte zu unterscheiden,

*) §§. ohne Zusatz bedeuten diejenigen der ZPO.

[1]) Diesen kurzen und treffenden Ausdruck gebrauchen Rich. Schmidt, Lehrb. (2) 927 und Kohler in Holtzendorffs Encykl. 2, 171.

[2]) § 803; soweit in das bewegliche Vermögen vollstreckt wird. Bei der Vollstreckung ins unbewegliche Vermögen erfolgt die Entziehung des Grundstücks durch die Beschlagnahme (§ 20 ZVG.).

Digitized by Google

erst die Wegnahme aus dem Besitze des Schuldners und sodann zeitlich darauf folgend die Ablieferung an den Gläubiger. Wie wichtig der zwischen beiden liegende Zeitraum ist, beweist § 815 Abs. 2, der eine Hemmung der Vollstreckung ermöglicht.[3])

Die Wirkung der Pfändung kann vom Gesetzgeber sehr verschiedenartig gestaltet werden. Das Bereitstellen eines bestimmten Objekts kann nämlich entweder nur als eine rein tatsächliche Vorstufe für das Endziel der Befriedigung in Geld gedacht werden, insofern, als dem Schuldner durch Entziehung der Verfügungsbefugnis die Vereitelung der Vollstreckung unmöglich gemacht wird, oder aber es kann damit gleichzeitig eine rechtliche Sicherstellung des pfändenden Gläubigers verbunden werden durch die Begründung eines Vorzugsrechts auf Befriedigung gerade aus diesem Objekte.

Der tiefgreifende Unterschied zwischen diesen beiden Möglichkeiten der gesetzgeberischen Regelung besteht darin, daß im Falle der erstgenannten Alternative die später zur Zwangsvollstreckung schreitenden Gläubiger durch Anschließung an die Pfändung eine anteilige Befriedigung nach dem Verhältnis ihrer Ansprüche herbeiführen können, im zweiten Falle dagegen der erste Gläubiger vorweg seine volle Befriedigung erhält und die anderen lediglich auf den etwaigen Überrest angewiesen sind. Das französische Recht und ihm folgend das preußische seit der KO. von 1855, sowie das bayerische, württembergische und badische Recht hatten der Pfändung nur eine tatsächliche Bedeutung zugewiesen, ohne dem Gläubiger ein Recht daraus entstehen zu lassen, während das gemeine Recht und die auf seiner Grundlage beruhenden Kodifikationen dem pfändenden Gläubiger ein Pfandrecht gewährten,[4]) und ihm hat sich auch die ZPO. angeschlossen. Danach erwirbt der Gläubiger durch die Pfändung mit dem Vorzuge vor später hinzutretenden anderen Gläubigern ein Recht an dem Pfandgegenstande selbst auf Befriedigung aus diesem, ein Pfändungspfandrecht.[5]) Und weil

[3]) Vgl. auch Gaupp-Stein zu § 815 und Rich. Schmidt (2) 942. Überdies spricht § 815 Abs. 1 ausdrücklich von „gepfändetem Gelde".

[4]) Vgl. die Nachweisungen in der Begründung zum Entwurf einer ZPO. zu §§ 644, 645.

[5]) § 804. Anders bei der Zwangsvollstreckung ins unbewegliche Vermögen

Digitized by Google

der Pfändung eine ſo weittragende Bedeutung beigelegt iſt, weil mit ihr ein dingliches Recht zur Entſtehung gelangt, bildet ſie im heutigen Rechte den eigentlichen Kern der geſamten Geldvollſtreckung. Ohne Pfändung gibt es keine zwangsweiſe Befriedigung von Geldanſprüchen und deshalb hat auch nur der Gläubiger, der ein gültiges und wirkſames Pfändungspfandrecht erworben hat, ein Recht auf Auszahlung des erlöſten Geldes und wer trotz Unwirkſamkeit des Pfändungspfandes den Erlös erhalten hat, hat ihn ohne rechtlichen Grund erlangt. Es genügt nicht, daß man überhaupt ein Recht auf Vollſtreckung hat und daß man auf Grund dieſes Rechtes durch die Verwertung eines Gegenſtandes aus dem Vermögen des Schuldners in den Beſitz des geſchuldeten Geldbetrags gekommen iſt, ſondern es muß an *dieſem* Gegenſtande in gültiger Weiſe ein Pfändungspfandrecht begründet worden ſein, das allein zur Empfangnahme *dieſes* Erlöſes berechtigt.

So iſt denn die Frage nach der Wirkſamkeit des Pfändungspfandrechts eine der wichtigſten auf dem Gebiete der Zwangsvollſtreckung, wichtig insbeſondere auch wegen ihrer Bedeutung für die materiellrechtlichen Rechtsverhältniſſe unter den Beteiligten. Die große praktiſche Tragweite dieſer Frage zeigt ſich ſchon in der Fülle von Einzelfragen, die ſich von allen Seiten aufdrängen. Sind für die Entſtehung und für den Beſtand des Pfändungspfandrechts nur prozeßrechtliche oder auch materiellrechtliche Bedingungen maßgebend? Sind alle Bedingungen von gleich ſtarkem Einfluß auf die Wirkſamkeit der Pfändung? Welche Rechtsfolgen hat der Mangel der einen oder der anderen Bedingung? Tritt Nichtigkeit oder nur Anfechtbarkeit ein? Oder vielleicht in dieſem Falle Nichtigkeit, in jenem Anfechtbarkeit? Und wenn letzteres, wem ſteht das Anfechtungsrecht zu, nur dem Schuldner oder auch Dritten? Wann muß die Anfechtung erfolgen? Kann ſie auch noch nach Beendigung des Zwangsvollſtreckungsverfahrens geltend gemacht werden? Auf welchem Wege iſt das Anfechtungsrecht zu ver-

infolge der eigenartigen Geſtaltung des Grundbuchrechts. Die Beſchlagnahme gewährt aber, wenn auch kein Recht an dem Grundſtücke ſelbſt, ſo doch ein Vorzugsrecht für den betreibenden Gläubiger, ſo daß ihm das Grundſtück „als Gegenſtand der Befriedigung nicht durch das Andringen anderer Gläubiger entzogen" werden kann. Vgl. Mot. zum ZVG. und Jaeckel (2) 116.

Digitized by Google

folgen? Ist Klagerhebung notwendig oder muß Beschwerde eingelegt werden oder genügt eine Erinnerung beim Vollstreckungsgerichte? Kann ein Mangel nachträglich geheilt werden? Und auf welche Weise vollzieht sich die Heilung? Durch Nachholung oder Genehmigung oder Verzicht oder Nichtgebrauch des Anfechtungsrechts oder Fristablauf oder Beendigung des Verfahrens?

Alle die verschiedenen Möglichkeiten, die sich in diesen Fragen offenbaren, sind bisher immer nur im Hinblick auf den einzelnen jeweils in Rede stehenden Fall und mit Rücksicht auf die verschiedenen einzelnen Bedingungen erwogen worden, ohne daß man sich der inneren Zusammengehörigkeit der gesamten in Betracht zu ziehenden Gesetzesbestimmungen und des Wesens des Pfändungspfandrechts recht bewußt geworden wäre. „Noch fehlt es" — dieses Wort Bülows[6]) trifft auch hier in vollem Umfange zu — „an einer zusammenfassenden Betrachtung, an Versuchen, die vielen einzelnen Erscheinungen in Vergleichung zu setzen, ihren Zusammenhang und ihr wechselseitiges Verhältnis darzulegen, kurz, an der wissenschaftlichen systematischen Verarbeitung. Und es hat nicht ausbleiben können, daß hier, wie überall in der Wissenschaft, infolge der isolierten Betrachtungsweise innerlich zusammengehöriger Dinge auch die vollständige und richtige Erkenntnis der einzelnen Erscheinungen selbst hat verkümmert bleiben müssen." Der Versuch einer solchen systematischen Bearbeitung soll im nachfolgenden unternommen werden.

Es soll gezeigt werden, daß die zahlreichen Bedingungen für die Existenz eines wirksamen Pfändungspfandrechts sich in 2 große Gruppen einteilen lassen, in *sachliche* und in *formelle* Bedingungen. Die ersteren geben an, aus welchem *Grunde* und in welchem *Umfange* es überhaupt zu einer Pfändung kommen kann, die letzteren, in welchen *äußeren Formen* die Pfändung vor sich zu gehen hat. Da einige Bedingungen in negative Fassung eingekleidet sind, so erweist sich bei beiden Gruppen eine nochmalige Teilung in *Voraussetzungen* und *Beschränkungen* (*Hindernisse*) als erforderlich.

Diese Trennung in sachliche und in formelle Bedingungen bedeutet aber nicht nur eine äußerliche Gruppierung des Stoffes,

[6]) Dispositives Zivilprozeßrecht 3.

Digitized by Google

— eine ſolche allein würde ja auch ſelbſt theoretiſch nur einen geringen Wert haben, — ſondern ſie iſt vor allem aus inneren Gründen berechtigt und notwendig und ſie ermöglicht deshalb auch eine einheitliche und befriedigende Antwort auf die praktiſch wichtigſte Frage, welche Rechtsfolgen beim Mangel der einen oder anderen Bedingung eintreten. Denn es ſoll der Nachweis erbracht werden, daß die Nichtbeachtung einer ſachlichen Bedingung nur **Anfechtbarkeit**, die einer formellen Bedingung dagegen ſtets **Nichtigkeit** zur Folge hat, und dies bildet den Kern der geſamten Unterſuchungen.

Allerdings kann dieſer Beweis nur geführt werden auf rein dogmatiſcher Grundlage. Die hiſtoriſche Forſchung gewährt auf dieſem Gebiete ſo gut wie keinerlei Ausbeute. Es liegt dies einmal an der beſonderen Geſtaltung, welche das Zwangsvollſtreckungsverfahren überhaupt in der ZPO. im Gegenſatze zu den Lehren des gemeinen Prozeſſes und den Beſtimmungen des preußiſchen Rechtes erfahren hat.[7]) Nicht nur die ſachliche Grundlage der Vollſtreckung iſt weſentlich verändert, — es gewährt nicht mehr das Urteil allein das Recht auf Zwangsvollſtreckung, ſondern eine Reihe anderer Vollſtreckungstitel iſt außerdem geſchaffen, — auch die formellen Vorſchriften ſind erheblich umgeſtaltet, weil der Betrieb der Vollſtreckung nicht mehr in den Händen des erkennenden Richters liegt, vielmehr beſonderen, eigens zu dieſem Zwecke beſtellten Organen übertragen iſt, deren Einſchreiten auch von beſonderen ſelbſtändig geregelten Erforderniſſen abhängig gemacht werden mußte. Sodann kommt als Zweites hinzu, daß der Begriff der Anfechtbarkeit dem früheren Rechte fremd war, das nur eine Nichtigkeit kannte. Dieſe wurde zwar in abſolute und relative unterſchieden, doch ſpielte dieſe Trennung nur für die Nullitätsklagen gegen Urteile eine entſcheidende Rolle und kam im Zwangsvollſtreckungsverfahren kaum zur Geltung. Auch war in jedem einzelnen Falle zweifelhaft, welche Art von Nichtigkeit gemeint war, und deshalb ſind ſolche gelegentliche Äußerungen über den früheren Rechtszuſtand für das geltende Recht nahezu wertlos.

---

[7]) Bei dem letzteren kommt noch beſonders in Betracht, daß es ein Pfändungspfandrecht, wie oben bemerkt, gar nicht kannte.

Digitized by Google

Man wird freilich einwerfen, daß auch im Texte der heute geltenden ZPO. weder von einer nichtigen, noch von einer anfechtbaren Zwangsvollstreckungshandlung irgendwo die Rede ist, man wird dagegen protestieren, daß die für das Recht des BGB. geprägten Begriffe „Nichtigkeit" und „Anfechtbarkeit" auch auf das Zivilprozeßrecht, insbesondere auf das Recht der Zwangsvollstreckung übertragen werden könnten. Und doch drängt die zweifellos vorhandene Rechtsähnlichkeit zu dieser Übertragung. Denn wenn man im bürgerlichen Rechte unter Nichtigkeit diejenige Unwirksamkeit versteht, die absolut wirkt und unheilbar ist, deshalb von jedem und jederzeit geltend gemacht werden kann, unter Anfechtbarkeit aber diejenige, die nur zugunsten bestimmter Personen wirkt und nur dann in die Erscheinung tritt, wenn sie von diesen Personen in der dafür bestimmten Form uud Frist geltend gemacht wird, so treten diese beiden verschiedenen Grade der Unwirksamkeit in gleicher Weise auch auf anderen Rechtsgebieten und namentlich auf dem des Prozesses hervor.[8])

Es ist zwar auch die Anschauung vertreten,[9]) das moderne Prozeßrecht kenne Nichtigkeit überhaupt nicht, sondern nur Anfechtbarkeit. Indessen kann diese Meinung, für die man sich auf die Autorität Bülows[10]) berufen zu können glaubt, höchstens für das durch Urteil bereits abgeschlossene Erkenntnisverfahren Geltung beanspruchen, für das allein sie von Bülow ausgesprochen worden ist und wohl auch allein hat ausgesprochen werden sollen, und selbst für dieses gilt sie nicht einmal ausnahmslos. Grundsätzlich ist es allerdings zutreffend, daß nach Rechtskraft des Urteils die Geltendmachung eines dem Erkenntnisverfahren anhaftenden Mangels ausgeschlossen ist. Nur in den seltenen Ausnahmefällen der §§ 579, 580 ist eine geringe Zahl von Mängeln ausdrücklich anerkannt, die zur Wiederaufnahme eines bereits rechtskräftig geschlossenen Verfahrens führen können. Trotz des Ausdrucks

[8]) Vgl. über den Unterschied von prozessualer Nichtigkeit und Anfechtbarkeit besonders Rich. Schmidt, Lehrb. (2) 667 ff.

[9]) Weigelin, Pfändungspfandrecht an Forderungen 22 ff. Ähnlich auch Guttmann, ZZP. 29, 399 f.

[10]) Auf sein schon erwähntes „Dispositives Zivilprozeßrecht". — Vgl. hierzu auch Rich. Schmidt, Lehrb. (2) 685.

Digitized by Google

„Nichtigkeitsklage“ liegt aber in dieſen Fällen, ſchon wegen der Zeitgrenze (§ 586), eine abſolute Nichtigkeit im eigentlichen Sinne nicht vor.[11]) Wann eine ſolche anzunehmen iſt, ſagt zwar die ZPO. nicht ausdrücklich, aber es geht mit logiſcher Notwendigkeit aus dem eben erwähnten Satze hervor, daß die Rechtskraft des Urteils die Geltendmachung von Mängeln ausſchließt. Denn darin liegt bereits ausgedrückt, daß, wenn überhaupt kein Urteil im Gebiete der ſtaatlichen Rechtspflege oder kein der Rechtskraft fähiges Urteil ergangen iſt, das ſogenannte Urteil und das ihm vorausgegangene Verfahren nichtig iſt und von jedermann als nicht vorhanden betrachtet werden kann.[12])

Iſt alſo der Bülowſche Satz vom völligen Ausſchluß der Nichtigkeit ſchon für das Erkenntnisverfahren nur mit Vorbehalt anzuerkennen, ſo kann von einer uneingeſchränkten Herrſchaft dieſes Prinzips auf dem Gebiete der Zwangsvollſtreckung noch weit weniger die Rede ſein, denn beide Verfahrensarten ſind, ihren verſchiedenen Zwecken entſprechend, ſo verſchieden geſtaltet, daß die Grundſätze, die für das erſtere Geltung haben, ſich keineswegs auf das letztere ohne weiteres übertragen laſſen. Im Erkenntnisverfahren handelt es ſich lediglich um die Rechtsverhältniſſe der Parteien zueinander und die obligatoriſche mündliche Verhandlung ſowohl, als das Rechtsmittelſyſtem bietet hinreichende Sicherheit dafür, daß jede Partei mit ihren Ausführungen zu Gehör kommen und etwaige Mängel des Verfahrens rechtzeitig rügen kann. Im Zwangsvollſtreckungsverfahren hingegen fehlt es an einer kontra-

[11]) Reſtitutions- und Nichtigkeitsklage haben vielmehr den Charakter eines außerordentlichen Rechtsmittels.

[12]) Der erſte Fall iſt gegeben bei Fällung eines Urteils a) von einer zum Richteramt nicht berufenen Perſon (oder Behörde), b) gegen eine der Gerichtsbarkeit nicht unterworfene Perſon. Der zweite Fall iſt der Erlaß eines Urteils für oder gegen einen Parteiunfähigen, in deſſen Perſon keinerlei Rechtskraftwirkung wegen Mangels der Rechtsfähigkeit eintreten kann. Vgl. dazu Gaupp-Stein, Vorbem. vor Buch IV, Planck 2, 566, Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis, auch Weigelin 22. Für den zweiten Fall z. T. abweichend Hellwig, Lehrb. 1, 154. S. darüber neuerdings die Monographie von Michel, Abſolute Nichtigkeit von Zivil- und Strafurteilen (1906). Letzterer nennt jedoch I a „Nicht-Urteil“ und ſchweigt über II vollſtändig, obwohl er „zwei exiſtente Parteien“ ebenſo zu den „notwendigen Exiſtenzbedingungen des Prozeßverhältniſſes“ zählt, wie eine mit ſtaatlicher Gerichtsgewalt ausgeſtattete Behörde (58, 60—62).

Digitized by Google

diktorischen Verhandlung, ja es kommt sogar bei der durch Gerichtsvollzieher erfolgenden Geldvollstreckung häufig überhaupt nicht zu einem Verfahren vor dem Richter. Zudem berührt die Zwangsvollstreckung nicht nur die Interessen der unmittelbar beteiligten Personen, Gläubiger und Schuldner, sondern greift vielfach in die Rechtssphäre anderer, an dem Verfahren selbst nicht beteiligter Personen hinüber, sei es, daß die Rechte konkurrierender Gläubiger, sei es, daß die Rechte Dritter an den beim Schuldner gepfändeten Gegenständen gefährdet oder verletzt werden. Wollte man, wie Weigelin es tut, alles nur darauf abstellen, ob der Schuldner den prozessualen Verstoß gerügt hat oder ob er mit dem Verfahren einverstanden gewesen ist, und wollte man dem geschädigten Dritten die Möglichkeit versagen, selbständig seine Rechte wahrzunehmen, ihn also zwingen, das fehlerhafte Verfahren trotz des Mangels, unter dem er leiden muß, zu respektieren, so würde in der Tat der Willkür Tür und Tor geöffnet werden.

Ein Argument gegen die Annahme der Nichtigkeit wird allerdings von Weigelin[13]) ins Feld geführt, das auf den ersten Blick viel Bestechendes hat. Das Pfändungspfandrecht entsteht durch einen Akt der Staatsgewalt, durch die Entscheidung einer mit Gerichtsgewalt ausgestatteten Behörde, nämlich durch den Pfändungsbeschluß des Gerichts bei Vollstreckung in Forderungen, durch die amtliche Besitzergreifung seitens des Gerichtsvollziehers bei Vollstreckung in andere körperliche bewegliche Sachen. Eine Entscheidung der Gerichtsbehörden aber könne, so führt Weigelin aus, auch wenn sie offensichtlich an einem Mangel leide, nur angefochten und daraufhin aufgehoben werden, sie sei aber nie von vornherein nichtig; das ergäbe sich aus ihrem Wesen nach geltendem Rechte ohne weiteres. Wäre jedoch diese Anschauung richtig, so müßten konsequent alle gerichtlichen Entscheidungen nach Abschluß des Verfahrens absolute Rechtskraft besitzen, eine Wirkung, die das Gesetz nicht einmal den Urteilen beigelegt hat und die den sonstigen Entscheidungen noch viel weniger zukommt. Und selbst wenn, von diesem Bedenken abgesehen, der formell unrichtige Pfändungsbeschluß zunächst der Aufhebung bedürfte, so wäre daraus doch

[13]) S. 21.

Digitized by Google

noch nicht der Schluß zu ziehen, daß er ohne Aufhebung ein wirkſames Pfandrecht erzeugte. Die Folge der Weigelinſchen Auffaſſung würde z. B. ſein, daß, wenn der Gläubiger A. die ſeinem Schuldner gegen C. zuſtehende Forderung durch ein unzuſtändiges Gericht hat pfänden und den Pfändungsbeſchluß dem C. früher hat zuſtellen laſſen, als ein zweiter Gläubiger B. den auf ſeinen Antrag durch das zuſtändige Gericht erlaſſenen Beſchluß, A. dem B. vorgehen müßte, falls weder der Schuldner noch der Drittſchuldner C. den Mangel der Zuſtändigkeit in dem von A. betriebenen Vollſtreckungsverfahren gerügt hat und infolgedeſſen auch die Aufhebung jenes erſten Beſchluſſes nicht erfolgt iſt. Das Ergebnis wäre demnach, daß derjenige, welcher dem Geſetze gemäß ſich an das zuſtändige Gericht gewendet hat, im Nachteile ſein würde gegenüber dem, der ungeſetzmäßig vorgegangen iſt.[14]) Ebenſo würde, wenn eine unter Verſtoß gegen § 751 Abſ. 1 ſchon vor Ablauf des Kalendertags bewirkte Pfändung nur der Anfechtung durch den Schuldner unterliegen ſollte, der Gläubiger, der ohne Widerſpruch des Schuldners die vorzeitig gepfändeten Sachen hat verſteigern laſſen, in unantaſtbarem Beſitze des Erlöſes bleiben, obwohl er ihn auf geſetzwidrigem Wege erlangt hat, er würde allen übrigen Gläubigern gegenüber, die geſetzmäßig bis zum Friſtablaufe gewartet haben, im Vorteile ſein, alſo in der Tat „eine Prämie für ſein ungeſetzmäßiges Vorgehen" erhalten.[15]) Aber ſolche unerfreulichen und unbefriedigenden Ergebniſſe laſſen ſich ſehr wohl vermeiden, wenn man in dieſen und gleichartigen Fällen dem Drittgläubiger das Recht zugeſteht, die unrechtmäßigen Pfändungen auch ohne Anfechtung und ohne Aufhebung als wirkungslos zu betrachten, d. h. wenn man in dieſen Fällen das Pfändungspfandrecht für nichtig erklärt.

Die Unwirkſamkeit der im Zwangsvollſtreckungsverfahren vorkommenden fehlerhaften Prozeßhandlungen kann ſich alſo in der

---

[14]) Näheres über die Frage der Zuſtändigkeit unten.

[15]) Neukamp, Iſt nach dem Preuß. G. v. 13. Juli 1882, betr. die Zwangsverſteigerung in das unbewegliche Vermögen, der Erlaß des Einleitungsbeſchluſſes zuläſſig, ehe dem Vollſtreckungsgericht die Zuſtellung des vollſtreckbaren Schuldtitels nachgewieſen iſt? (Göttinger Diſſertation 1893) 14. Näheres über § 751 unten.

Digitized by Google

Tat nicht nur in Gestalt der Anfechtbarkeit äußern, sondern es ist daneben auch die absolute Nichtigkeit von Vollstreckungsakten anzuerkennen.[16])

Eben deshalb aber ist gerade die Frage von außerordentlicher Wichtigkeit, wann diese und wann jene anzunehmen ist. Maßgebend für die Beantwortung dieser Frage ist, wie schon bemerkt wurde, die Trennung in sachliche und in formelle Bedingungen. Diese Unterscheidung bedarf also zunächst noch ihrer Rechtfertigung, die sich aus dem Begriffe der Zwangsvollstreckung selbst ergeben wird.

§ 2.

Begriff der Zwangsvollstreckung.

Zwangsvollstreckung ist die Anwendung staatlichen Zwanges auf Anrufen des Berechtigten, um einen formell (im Vollstreckungstitel) anerkannten Anspruch auf Leistung unabhängig vom Willen des Verpflichteten zu verwirklichen.[1]) Nur staatlicher Zwang kommt in Betracht, denn nach heutigen Gesetzen steht das Recht zur Zwangsanwendung lediglich dem Staate zu, das Recht der Selbsthilfe ist — abgesehen von dem engbegrenzten Gebiete des § 229 BGB.[2]) — beseitigt. Weil aber der Staat die zwangsweise Durchführung privater Ansprüche ausschließlich sich selbst vorbehalten hat und dem Privatberechtigten den Weg der Eigenmacht versagt, so kann es auch nicht vom Belieben des Staates abhängen, ob er Zwang gegen den Verpflichteten anwenden will oder nicht, sondern er ist auf Verlangen des Berechtigten zum zwangsweisen Vorgehen

[16]) Weigelin selbst ist sich übrigens auch nicht konsequent geblieben. Abgesehen davon, daß er beim Mangel der Gerichtsgewalt (vgl. oben) Nichtigkeit annimmt, hält er auch die durch Beschluß erfolgte Pfändung einer nicht zum Vermögen des Schuldners gehörigen Forderung für nichtig (27), da gemäß des Inhalts des Beschlusses eine nicht existierende Forderung gepfändet sei. Auch Guttmann erkennt Fälle „unzweifelhafter Nichtigkeit" an, so bei Vollstreckung ohne irgendeinen Titel oder durch einen unzuständigen Beamten (402).

[1]) Vgl. die, wenn auch im Wortlaute hiervon und voneinander z. T. abweichenden Definitionen bei Planck 2, 604, Fitting 489, Gmelin, Vollstreckbarkeit 4, Gaupp-Stein 2, 331, Seuffert 2, 274 (beide Vorbem. vor Buch VIII), Falkmann gibt keine Definition.

[2]) Auch hier aber muß unverzüglich der staatliche Zwang in Form der Zwangsvollstreckung oder doch des Arrestes nachgesucht werden.

Digitized by Google

verpflichtet. Es besteht also ein öffentlich-rechtlicher Anspruch des Berechtigten gegen den Staat auf Vornahme der Zwangsvollstreckung.

Wenn die Annahme eines Vollstreckungsanspruchs gegen den Staat von verschiedenen Seiten bestritten wird, so liegt dies vor allem an einer zu engen Verquickung mit dem bekannten, zuerst von Wach aufgestellten Begriffe des Rechtsschutzanspruchs auf Gewährung eines dem Kläger günstigen Urteils.

Es kann nicht im Rahmen dieser Untersuchungen liegen, den Wachschen Anspruchsbegriff mit allen ihm später hinzugefügten Nuanzierungen des näheren auf seine Berechtigung zu prüfen, zumal ohnehin die Literatur der letzten Jahre sich des Stoffes schon in überreichlichem Maße bemächtigt hat und sich wahrlich der keinen Dank verdient, der diese Hochflut durch neue Zuflüsse vermehrt, wie Degenkolb vollkommen zutreffend bemerkt hat.[3]) Auf die Erneuerung des alten Streites kann an dieser Stelle um so eher verzichtet werden, als der Begriff des Vollstreckungsanspruchs schon aus sich heraus und ohne Anlehnung an den des Urteilsanspruchs seine Rechtfertigung findet. Gerade deshalb aber muß hier dem weitverbreiteten Irrtum entgegengetreten werden, als ob es sich bei beiden Ansprüchen um völlig gleichgeartete Rechtsgebilde handele, deren einzige Verschiedenheit in der verschiedenen vom Staate verlangten Tätigkeit — hier Zwangsanwendung, dort Urteilsfindung — gelegen wäre. Von dieser Voraussetzung ausgehend, glauben viele Gegner Wachs mit den Gründen, die sie — ob mit Recht oder nicht, bleibe dahingestellt, — gegen den Urteilsanspruch ins Feld führen, zugleich auch den Vollstreckungsanspruch widerlegt zu haben. In Wahrheit aber liegt es so, daß der Urteilsanspruch, selbst wenn man diesen Begriff als richtig unterstellt, mit dem Vollstreckungsanspruche doch lediglich das Ziel gemeinsam hat, die Richtung gegen den Staat, während die Grundlage bei beiden eine wesentlich verschiedene ist. Denn jener Rechtsschutzanspruch auf Urteil setzt notwendig ein zu schützendes reales Recht voraus, die Vollstreckung dagegen wird allein auf Grund des Vollstreckungstitels vorgenommen, auch dann, wenn dem im Titel ge-

[3]) Beiträge zum Zivilprozeß 1.

Digitized by Google

nannten Gläubiger in Wirklichkeit ein materielles und reales Recht nicht oder nicht mehr zusteht. Deshalb hat Langheineken,[4]) um den Begriff des Rechtsschutzanspruchs einheitlich aufrechtzuerhalten, einen Vollstreckungsanspruch — als Rechtsschutzanspruch — nur beim gleichzeitigen Vorhandensein des materiellen Rechtes anerkannt. Gegen eine solche Definition des Vollstreckungsanspruchs aber hat sich Kohler[5]) mit Recht gewandt und den Vorwurf erhoben, auf diese Weise würde, trotzdem der rein publizistische Charakter des Rechtsschutzanspruchs immer betont werde, doch durch eine Hintertüre das Zivilrecht wieder in den Prozeß hineingebracht, statt daß auf die Selbständigkeit des formellen Prozeßrechts gegenüber dem materiellen Zivilrechte Gewicht gelegt würde. In der Tat tritt diese Unabhängigkeit gerade im Vollstreckungsverfahren mit besonderer Deutlichkeit hervor und es kann keinem Zweifel unterliegen, daß solange der Vollstreckungstitel besteht, die staatlichen Vollstreckungsbehörden, selbst wenn sie von der materiellen Unrichtigkeit überzeugt sind, dem Vollstreckungsbegehren unweigerlich Folge leisten müssen. Es besteht also unleugbar eine Pflicht des Staates zur Vornahme des Zwanges lediglich auf Grund der formellen Befugnis und ohne Rücksicht auf das Vorhandensein eines realen Rechtes. Diese Tatsache allein muß zu dem Begriffe des Vollstreckungsanspruchs führen, und wie der Vollstreckungstitel vom materiellen Anspruche losgelöst ist, so sollte man auch nicht zögern, den Vollstreckungsanspruch von dem Urteilsanspruche zu trennen und jeden von seiner selbständigen Grundlage aus zu beurteilen. Wach[6]) sowohl als Hellwig[7]) betonen in diesem Sinne zwar die Formalnatur des Titels, aber es ist irreführend, wenn der erstere von der „sekundären Natur" des Vollstreckungsanspruchs, von der „Zurückbeziehung auf das zu exequierende materielle Recht" spricht und wenn der letztere das Vollstreckungsrecht nur „um des in der Verurteilung vorausgesetzten zivilen Anspruchs willen" bestehen läßt. Denn derartige Äußerungen müssen allerdings den Anschein erwecken, als ob im letzten Grunde doch das materielle

[4]) Urteilsanspruch 164.
[5]) ZZP. 33, 217 ff.
[6]) Vorträge über die RZPO. (2) 301.
[7]) Klagrecht und Klagmöglichkeit 17 ff.

Digitized by Google

Recht die eigentliche Voraussetzung auch für den Vollstreckungsanspruch bilde. Insofern ist die Kritik Degenkolbs[8]) deshalb nicht ungerechtfertigt, es läßt sich auf die von Wach und Hellwig versuchte Weise die „Disparatheit" zwischen Urteilsanspruch und Vollstreckungsanspruch nicht beseitigen.

Von dem hier vertretenen Standpunkte dürfte es sich dagegen wohl ermöglichen lassen, für den Begriff des Vollstreckungsanspruchs volle Übereinstimmung zu erzielen, ohne damit der Entscheidung im Streite über den Urteilsanspruch vorzugreifen. Es mag auch hier wieder an erster Stelle auf das Beispiel Bülows hingewiesen werden, der noch immer den Anspruch auf Gewährung eines dem Kläger günstigen Urteils lebhaft bekämpft, der aber trotzdem „dagegen nichts einzuwenden hat, daß die Befugnis, auf Grund eines Exekutionstitels von dem Vollstreckungsgerichte die Anwendung der gesetzlich vorgeschriebenen Zwangsmaßregeln zu verlangen, als ein Recht oder Rechtsanspruch aufzufassen sei".[9]) Das wesentliche Kriterium für den Begriff des Vollstreckungsanspruchs ist jedenfalls, wie auch aus diesen Worten und ebenso aus den Definitionen aller Anhänger des Rechtsschutzanspruchs hervorgeht, daß der Vollstreckungstitel ein Recht gegen den Staat auf Verhängung der Vollstreckungsmaßregeln verleiht. Da nun diese Tätigkeit in das Gebiet der staatlichen Rechtspflege, in das des Rechtsschutzes gehört, so kann man in diesem Sinne allerdings von einem Anspruch auf Gewährung von Rechtsschutz sprechen.

Freilich wird die Auffassung, daß ein derartiger Anspruch sich gegen den Staat richten könne, von verschiedenen Seiten bestritten. So meint namentlich Kleinfeller,[10]) das Interesse des Untertanen an der Erlangung von Rechtsschutz könne deshalb keinen Rechtsschutzanspruch erzeugen, weil der Staat mit dem Rechtsschutze nicht das Interesse des Untertanen, sondern sein eigenes Interesse am Rechtsschutze befriedige. Daraus soll es sich erklären, „daß der Staat die rechtlichen Grenzen des Rechtsschutzes, sowie die einzelnen Arten des Rechtsschutzes bestimmt". Insbesondere soll „die rechtliche Versagung der Vollstreckung (§§ 811, 812, 850 ff.) mit dem

[8]) Beiträge 102.

[9]) ZZP. 31, 201 Anm. 13.

[10]) Bei Besprechung des Hellwigschen Lehrbuchs in ZZP. 34, 378.

Digitized by Google

angeblichen Rechtsschutzanspruche des Untertanen ebenso unvereinbar sein, wie die Versagung der Vollstreckung wegen tatsächlicher Unmöglichkeit". Aber diese Angriffe gehen fehl. Sie könnten doch nur dann begründet sein, wenn behauptet würde, das Interesse des Berechtigten am Rechtsschutze sei die einzige Bedingung für das Entstehen eines Rechtsschutzanspruchs. Das ist aber durchaus nicht der Fall und kann es auch gar nicht sein. Denn die Gewährung des Rechtsschutzes darf selbstverständlich nicht dazu dienen, das Recht des einzelnen rücksichtslos durchzusetzen, deshalb ist ja gerade das Recht auf Selbsthilfe, das Faustrecht, beseitigt worden, um zu verhüten, daß die allgemeinen Interessen durch eine schrankenlose Verfolgung des Privatinteresses geschädigt würden. Daraus folgt aber keineswegs, daß nun die Gewährung des Rechtschutzes im ausschließlichen Interesse des Staates erfolgte, wie es Kleinfeller darzustellen sucht. Die Folge ist vielmehr lediglich die, daß das Einzelinteresse nur insoweit als schutzfähig anerkannt wird, als es nicht mit höheren Rücksichten des Allgemeinwohls in Widerspruch gerät. Innerhalb dieser gesetzlich festgelegten Grenze für die Schutzfähigkeit aber *muß* der Staat im Interesse des Privatberechtigten tätig werden, sobald dieser es verlangt, und er darf sich — in der Person seiner Gerichtsbeamten — dieser Pflicht nicht entziehen, ohne sich der Rechtsverweigerung schuldig zu machen. Es ist also nur folgerichtig, entsprechend dieser Pflicht des Staates auf der einen Seite ein Recht des Untertanen auf der anderen Seite anzuerkennen.

Der weitere Hinweis Kleinfellers auf die *Strafrechtspflege* als Rechtsschutzmittel ist zur Widerlegung der Annahme eines Rechtsschutzanspruchs für das *zivilprozessuale* Verfahren in keiner Weise geeignet.[11]) Die Strafrechtspflege dient im Gegensatze zum Zivilprozeß ausschließlich dem öffentlichen Interesse, wie sich denn auch prinzipiell der Staat selbst das Anklagemonopol vorbehalten hat. Dem privaten Interesse des Verletzten ist nur insofern Rechnung getragen, als dieser in gewissem Umfange die Strafverfolgung, die Erhebung der öffentlichen Klage verlangen kann (§ 170 StGB.). Auf das Ergebnis des Strafverfahrens selbst, auf die Frage, ob

[11]) Vgl. hierüber auch Goldschmidt, Materielles Justizrecht (Festgabe für Hübler), insbes. 49 ff.

Digitized by Google

Bestrafung oder Freisprechung erfolgen soll, hat er jedoch nicht den mindesten Einfluß. So z. B. muß bei einem Diebstahlsdelikte trotz der ausdrücklichen Erklärung des Bestohlenen, daß er keine Bestrafung des Täters wolle, dennoch die strafrechtliche Verurteilung erfolgen, während umgekehrt wegen des Schadensersatzes aus derselben Tat eine zivilrechtliche Zwangsanwendung gegen den Willen des Berechtigten niemals stattfinden darf, sondern die gesamte Zwangsvollstreckung lediglich von dem Auftrage des Gläubigers abhängt. Der Unterschied zwischen beiden Arten des Rechtsschutzes liegt also auf der Hand. Daß die Vollstreckung möglicherweise nur mit der Leistung des Offenbarungseids statt mit der Verschaffung der geschuldeten Geldsumme endet, der Gläubiger also nicht auf eine bestimmte Zwangsmaßregel Anspruch hat, ist ohne prinzipielle Bedeutung, es kommt vielmehr darauf an, daß er überhaupt die Vornahme staatlichen Zwanges verlangen kann und daß er mit diesem Verlangen sein gutes Recht geltend macht, dem die Justizbehörden, selbstverständlich im Rahmen und in den Grenzen des Gesetzes, nachzukommen verpflichtet sind. Daß insbesondere die angebliche „Versagung der Vollstreckung" in den Fällen der §§ 811 f., 850 ff. nicht eine Verneinung des Vollstreckungsrechts überhaupt, sondern gleichfalls nur eine aus sozialen Rücksichten entstammende Beschränkung des Vollstreckungsanspruchs ist und sich als solche mit dem Begriffe des Vollstreckungsanspruchs durchaus vereinbaren läßt, werden die späteren Ausführungen noch des näheren aufzuzeigen Gelegenheit geben.

Trotz Kleinfeller ist also daran festzuhalten, daß sich der Vollstreckungsanspruch gegen den Staat richtet auf Gewährung des durch Zwang auszuübenden Rechtsschutzes, aber auch nur und allein gegen den Staat, nicht etwa außerdem noch oder gar ausschließlich gegen den Schuldner.[12]) Es besteht keine Pflicht des Schuldners gegenüber dem Gläubiger, die Zwangsvollstreckung aus dem Vollstreckungstitel zu dulden, sondern nur die Verpflichtung, den Gläubiger zu befriedigen, so daß wieder der nicht genug zu

[12]) Das letztere war die Auffassung des gemeinen ZPr. Vgl. Wetzell 448. — Die erstere Ansicht, daß der Anspruch sich gegen Staat und Schuldner zugleich richte, vertreten Wach, Handb. 1, 19, Stein, UrkPr. 271 (jetzt aber anders, s. Anm. 14) Gmelin 36, Weigelin 11.

Digitized by Google

betonende Unterschied zwischen dem öffentlich-rechtlichen Vollstreckungsanspruch und dem privatrechtlichen Anspruch aus dem Schuldverhältnisse hervortritt. Auch hierfür bietet das Gesetz selbst in § 767 den klarsten Beweis. Ist der Gläubiger befriedigt, so braucht der Schuldner, trotzdem der Titel und damit der Vollstreckungsanspruch des Gläubigers noch besteht, diesem gegenüber eine daraus schon begonnene oder auch erst drohende Zwangsvollstreckung nicht über sich ergehen zu lassen. Die staatlichen Vollstreckungsbehörden dagegen müssen dem Vollstreckungsbegehren Folge geben, solange nicht die Zwangsvollstreckung aus dem Titel für unzulässig erklärt ist, und wenn der Schuldner eine formell rechtmäßig eingeleitete Zwangsvollstreckung der Behörde gegenüber nicht dulden will und sich etwa dem Gerichtsvollzieher widersetzt, so verletzt er nicht den Vollstreckungsanspruch des Gläubigers, sondern er leistet Widerstand gegen die Staatsgewalt (§ 113 StGB.), der er unterworfen ist und deren zwangsweisen Eingriff er deshalb zu dulden hat. Die Strafbestimmung des § 288 StGB. schützt ebenfalls nicht das Vollstreckungsrecht des Gläubigers,[13]) sondern soll, wie aus der Fassung deutlich hervorgeht, der Gefahr vorbeugen, daß die Befriedigung des Gläubigers vereitelt wird. Trotz eines Vergehens gegen § 288 StGB. bleibt der Anspruch des Gläubigers gegen den Staat, durch seine Organe die Vollstreckung gegen den Schuldner vorzunehmen, unverändert bestehen.[14]) Wenn demgegenüber Degenkolb[15]) behauptet, „das gegen den Staat bestehende Recht auf Vollstreckung sei nur das juristische Mittel zur Realisierung des Vollstreckungsrechts gegen den Gegner", so liegt darin insofern ein Irrtum, als eben nicht das Vollstreckungsrecht sich gegen den Gegner richtet, sondern gegen diesen nur das reale Recht, die „substantielle Berechtigung" im Sinne Degenkolbs. Das Vollstreckungsrecht liegt vielmehr ausschließlich in der — nach seinen

---

[13]) Wie Gmelin 35 meint.

[14]) Wie hier Stein, Voraussetzungen des Rechtsschutzes 3 und Kommentar 2, 333, Seuffert 2, 279, Planck 2, 606, Langheineken 42, 50, Rich. Schmidt, Lehrb. (2) 876, Hellmann, Lehrb. 797, insbesondere Hellwig, Rechtskraft 6 f., Lehrb. 148, ZZP. 28, 179 (gegen Weigelin) und zuletzt Klagrecht § 3. Vgl. noch Laband 3, 351 und LG. Leipzig, ZZP. 33, 83.

[15]) Beitr. 106.

Digitized by Google

eigenen Worten — „davon zu scheidenden formalen Befugnis, die allein durch den Vollstreckungstitel als solchen geschaffen wird." Es soll allerdings als Mittel zur Realisierung der materiellen Berechtigung gegen den Gegner dienen, aber dieser der Regel nach beabsichtigte Endzweck ist keineswegs Voraussetzung dafür, daß der im Titel Berechtigte die staatliche Zwangsanwendung verlangen kann, vielmehr ist das Nichtbestehen des substantiellen Rechtes nur geeignet, nachträglich auch das Vollstreckungsrecht in Wegfall zu bringen. Hiermit wird bereits die Frage der Trennung in Anspruchsvoraussetzungen und Anspruchsbeschränkungen (bzw.-Hindernisse) berührt.

Zuvor muß jedoch noch kurz darauf hingewiesen werden, daß der Anspruch auf Vollstreckung mit der formellen Vollstreckbarkeit des Titels entsteht, der Gläubiger, der den Vollstreckungsantrag stellt, damit also ein schon vorhandenes Recht ausübt. Die entgegengesetzte Auffassung Bülows, daß „das Zwangsvollstreckungsrecht selber erst durch die Geltendmachung jenes Rechtes, durch den prozeßordnungsgemäß gestellten Antrag entsteht",[16]) ist in sich widerspruchsvoll. Man kann ein Recht nicht geltend machen, das man nicht schon vorher besitzt.[17]) Was mit der Antragstellung entsteht, ist nicht das Vollstreckungsrecht, sondern das Vollstreckungsverhältnis, ein besonders geartetes Prozeßverhältnis.[18]) Denn die Zwangsvollstreckung ist, als Gewähren staatlichen Rechtsschutzes im Privatrechtsinteresse, Teil des Zivilprozesses, und zwar der praktisch wichtigste Teil, weil sich erst im Vollstreckungsverfahren zeigt, ob die Partei, die „Recht bekommen hat", auch wirklich „zu ihrem Rechte kommt", ob die Verurteilung sich auch verwirklichen läßt. Und diese Frage nach der Durchführbarkeit des Rechtes ist den Parteien viel wesentlicher, als alle „Rechtsvergewisserung" und als die noch so glänzende Begründung des Urteils.[19])

Faßt man also das Recht auf Zwangsvollstreckung als einen gegen den Staat gerichteten Anspruch auf Gewährung von Rechts-

[16]) JJP. 31, 201 Anm. 13.

[17]) Gegen Bülow besonders scharf Wach, JJP. 32, 22, auch Hellwig, Klagrecht 20.

[18]) Hellwig a. a. O., Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis 114.

[19]) Hierauf weist namentlich auch Wach a. a. O. hin gegen Bülow.

Digitized by Google

schutz auf, so ergibt sich daraus für die Anhänger eines allgemeinen Begriffes des Rechtsschutzanspruchs schon ohne weiteres, daß auch für das Vollstreckungsverfahren in gleicher Weise wie für das Erkenntnisverfahren Anspruchs- oder Rechtsschutzvoraussetzungen und Prozeßvoraussetzungen zu unterscheiden sind.[20]) Die ersteren betreffen den sachlichen Inhalt des Vollstreckungsanspruchs, die letzteren seine formelle Behandlung in besonderen Verfahrensarten. Es wird jedoch in der nachfolgenden Darstellung die obige Terminologie vermieden und dafür die Ausdrucksweise sachliche und formelle Bedingungen angewandt werden. Diese hat einmal den Vorzug einer allgemeinen Fassung und kann deshalb unbedenklich wohl auch von denjenigen akzeptiert werden, die sich mit dem Begriffe des Rechtsschutzanspruchs nicht einmal in der Gestalt des Vollstreckungsanspruchs befreunden können. Sodann empfiehlt sich der Ausdruck „Bedingung" gegenüber „Voraussetzung" namentlich deshalb, weil er auch die Beschränkungen und Hindernisse in sich begreift, die gerade für die praktische Durchführung der Vollstreckung von hervorragender Bedeutung sind. Daß zwischen den mannigfachen Erfordernissen, die für das Vollstreckungsverhältnis und für das Pfändungspfandrecht maßgebend sind, überhaupt eine Unterscheidung in diesem Sinne gerechtfertigt und geboten ist, wird kaum bezweifelt werden können. Denn offenbar ist doch die Frage, auf welcher Grundlage, für wen, gegen wen und bis zu welchem Umfange vom Staate eine Vollstreckung verlangt werden kann, wesentlich verschieden von der Frage, wann, wo, wie und durch wen der Staat die Vollstreckung durchführen muß. Der Kreis der ersteren Bedingungen wird also im folgenden kurz als das sachliche, derjenige der letzteren als das formelle Gebiet der Zwangsanwendung bezeichnet werden. Es handelt sich nunmehr darum, wie die Abgrenzung zwischen beiden Gebieten im einzelnen vorzunehmen ist, und bei dieser Darlegung wird sich fortgesetzt zeigen, wie scharf der Unterschied in jeder Beziehung sich bemerkbar macht.

[20]) So Stein in Birkmeyers Enzyklopädie (2) 1004, Hellwig, Klagrecht 16, 24, Rich. Schmidt, Lehrb. (2) 910, 911.

Digitized by Google

A. Die sachlichen Bedingungen.

I. Die sachlichen Voraussetzungen.

1. Vollstreckungstitel und Vollstreckungsfähigkeit.

§ 3.

a) Allgemeines.

Die in die Privatrechtssphäre tief einschneidende Gewaltmaßregel des staatlichen Zwanges kann, schon im Interesse des Staates selbst, nicht auf die bloße Behauptung des Berechtigten hin vorgenommen werden, sondern das Recht auf den Zwang muß bereits in gewisser Weise klargestellt sein, die beanspruchte Leistung muß bereits unter staatlicher Sanktion als zur Vollstreckung geeignet anerkannt sein. Dieses Anerkenntnis muß auch in bestimmter Form, in einer öffentlichen Urkunde, sich darstellen und nur aus dieser Urkunde, nur so, wie sie lautet, und nur so lange, wie sie besteht, kann der Anspruch die Kraft zur Vollstreckung herleiten. Diese Urkunde ist der vollstreckbare Titel oder der Vollstreckungstitel, der also die hauptsächlichste Bedingung und die unentbehrliche Grundlage jeder Zwangsvollstreckung bildet.

Weil der Titel grundlegende Bedeutung hat und weil erst mit ihm und durch ihn das Recht auf Vollstreckung entsteht, so liegt seine Beschaffung außerhalb des Zwangsvollstreckungsverfahrens und vor dessen Beginn. Der Titel wird dadurch erlangt, daß einem vom Gläubiger behaupteten materiellen Anspruche in einem gerichtlichen Verfahren, sei es streitiger, sei es freiwilliger Gerichtsbarkeit, sei es durch Richterspruch, sei es durch Parteivereinbarung,[1]) die Tauglichkeit zur Vollstreckung besonders beigelegt wird. Insofern geht allerdings der im Titel verkörperte Vollstreckungsanspruch zurück auf materielles Recht und nimmt auf ein solches Bezug, ohne daß jedoch damit die Realität dieses Rechtes festgestellt würde.

[1]) Darüber sogleich unten.

Digitized by Google

Der Titel soll zwar nur verliehen werden zum Schutze eines wirklich bestehenden Privatrechts, ist er aber einmal beschafft, so ist sein Inhalt allein für die Vollstreckungstätigkeit maßgebend, es kommt dann nicht mehr darauf an, ob in der Tat ein schutzwürdiges Privatrecht vorhanden ist und welchen Inhalt der angebliche materielle Anspruch haben würde und haben sollte, sondern lediglich darauf, welche Leistung im Titel als vollstreckbar beurkundet ist. Der Titel und das auf ihm allein beruhende Recht zur Zwangsvollstreckung ist also unabhängig vom materiellen Anspruch und selbständig zu beurteilen.

Daß beide Ansprüche einen ganz verschiedenen Inhalt haben können, ergibt sich unzweideutig aus § 780. Danach kann der nach materiellem Rechte beschränkt haftende Erbe diese Beschränkung dem Vollstreckungsrechte gegenüber nur dann geltend machen, wenn sie ihm im Titel ausdrücklich vorbehalten worden ist. Enthält also, im Widerspruche mit der materiellen Rechtslage, der Titel den Vorbehalt nicht, so ist für die Zwangsvollstreckung die beschränkte Haftung nicht vorhanden und dieser Einwand kann dem Vollstreckungstitel gegenüber nicht mehr berücksichtigt werden.[2]) Ein Titel wird aber auch nicht etwa dadurch ipso jure hinfällig, daß die Forderung nach materiellem Rechte wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB.) nichtig ist.[3]) Ebenso kann, wenn der

---

[2]) Vgl. RG. 59, 301.

[3]) Es kann insbesondere ein konkurrierender Vollstreckungsgläubiger den Rang eines vorstehenden Gläubigers nicht dadurch beseitigen, daß er darlegt, das dem rechtskräftigen Urteile zugrunde liegende Kaufgeschäft sei unsittlich (vgl. RG. in SeuffA. 60 Nr. 44, OLG. Karlsruhe, OLG. Rspr. 9, 126 [auch in BadRpr. 03, 337] und Hellwig, Klagrecht 91 Anm. 38). Davon getrennt zu halten ist die Frage, ob der nachfolgende Gläubiger die Erlangung des Titels von seiten des vorangehenden etwa im Wege der Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung angreifen kann. Gelingt ihm die Anfechtung, so wird die Wirkung des Titels allerdings nachträglich aufgehoben, aber der Titel behält doch so lange seine Kraft, bis die Unwirksamkeit durch rechtskräftiges Urteil festgestellt ist. Ferner ist auch die Frage auszuscheiden, ob der Schuldner, gegen den aus einem wucherischen Geschäfte Versäumnisurteil rechtskräftig erlassen und vollstreckt ist, einen Schadensersatzanspruch hat, weil der Gläubiger durch die bewußt rechtswidrige Verschaffung eines Vollstreckungstitels gegen § 826, BGB. verstoßen habe (vgl. Dernburg, DJZ. 05, 465 mit weiteren Zitaten RG. 61, 359). Selbst wenn man diese Frage bejahen wollte (trotz der auch

Digitized by Google

materielle Anspruch schon untergegangen, durch Zahlung, Erlaß oder dergleichen die Forderung erloschen ist, trotzdem der Vollstreckungsanspruch noch bestehen, solange der Titel noch zu Recht besteht, und es bleibt dann nur der Weg des § 767, um die Wirkungen des Vollstreckungsanspruchs ebenfalls zu beseitigen. Umgekehrt kann der materielle Anspruch fortbestehen, während der Vollstreckungsanspruch seine Kraft verloren hat, so z. B. durch Verzicht auf die Exekutivkraft der nach § 794[5] vollstreckbaren Urkunde[4]) oder durch Verlust des Titels, der ja der alleinige Träger des Vollstreckungsanspruchs ist.

Ist sonach stets ein Vollstreckungstitel notwendige Voraussetzung für die Entstehung eines Vollstreckungsanspruchs, so ist doch nicht jeder Titel geeignet, die Grundlage für die Zwangsvollstreckung zu bilden. Es genügt nicht, daß der Titel sich als „vollstreckbar" bezeichnet — sei es stillschweigend kraft gesetzlicher Vorschrift, sei es ausdrücklich kraft Richterspruchs oder Parteidisposition —, sondern es muß außerdem der Titel seinem Inhalte nach einer Vollstreckung, also einer zwangsweisen Verwirklichung, fähig sein. Es könnte den Anschein haben, als ob dieses zweite Erfordernis lediglich eine Wiederholung des ersten wäre. Allerdings ist sprachlich ein Unterschied zwischen „vollstreckbar" und „vollstreckungsfähig" nicht zu finden. Aber die ZPO. verwendet den Ausdruck „vollstreckbar" in einem weiteren Sinne, sodaß damit auch andere Wirkungen mit umfaßt werden, die nicht zu den zwangsweise herbeizuführenden Folgen des Titels zu rechnen sind. Diese Auffassung des Gesetzes geht aus einer ganzen Reihe von Vorschriften unzweideutig hervor. Die §§ 775 Nr. 1 und 868 sprechen ausdrücklich von „vollstreckbaren" Entscheidungen, durch die das zu vollstreckende Urteil aufgehoben wird, nach § 708 Nr. 5 sind für vorläufig vollstreckbar zu erklären Urteile, durch welche Arreste oder einstweilige Verfügungen aufgehoben werden, und nach

---

nach Ansicht des RG. „nicht zu verkennenden rechtlichen Bedenken"), würde doch auch hier nicht eine ipso jure eintretende Nichtigkeit des Titels anzunehmen sein, insbesondere dürfte die Vollstreckungsbehörde den Antrag des Gläubigers, aus jenem Titel zu vollstrecken, keinesfalls von Amts wegen ablehnen.

[4]) Wach, Vorträge (2) 300.

Digitized by Google

§ 708 Nr. 2—4 muß die vorläufige Vollstreckbarkeit stets ausgesprochen werden, gleichviel, ob eine Verurteilung oder Klagabweisung erfolgt. In allen diesen Fällen von aufhebenden oder abweisenden Entscheidungen ist von einer Zwangsvollstreckung im eigentlichen Sinne keine Rede, die rein negative Feststellung, daß eine früher ausgesprochene oder eine erbetene Verurteilung nicht zulässig sei, schließt von selbst eine positiv zu erzwingende Leistung aus. Jedoch schließen sich auch an diese Entscheidungen, wie an die verurteilenden Erkenntnisse, gewisse weitere Rechtswirkungen an, vor allem kann in diesen Fällen die Festsetzung der Kosten und die Freigabe von Sicherheiten verlangt werden. Die Bedeutung und der Zweck der vorläufigen Vollstreckbarkeitserklärung liegt in diesen Fällen eben darin, die Herbeiführung derartiger Urteilswirkungen schon vor dem Eintritte der Rechtskraft zu ermöglichen. Damit ist also der Sinn des Ausdrucks „Vollstreckbarkeit" dargelegt, so wie ihn die ZPO. abweichend vom allgemeinen Sprachgebrauche nun einmal verwendet, dagegen soll keineswegs behauptet werden, daß alle diese ferneren Rechtswirkungen eines Urteils zur Zwangsvollstreckung gehörten, wie Gmelin bei der Bekämpfung der hier vorgetragenen — übrigens durchaus herrschenden — Meinung annimmt.[5]) Um dieses Mißverständnis zu vermeiden und um jene Urteilsfolgen von dem Gebiete der Zwangsvollstreckung auszuschließen, muß gerade von dem hier vertretenen

[5]) Gmelin a. a. O. 13. Wie hier Planck 2, 636, Wach, Vorträge (2) 101, OLG. Naumburg, SeuffA. 48 Nr. 160, Gaupp-Stein 2, 334, Seuffert, Anm. 3 vor § 704, Falkmann 5, RG. 16, 420. A. M. außer Gmelin Schulze, Vollstreckbarkeit der Schuldtitel für und gegen die Rechtsnachfolger 7, Heidecker, ZZP. 18, 466, Petersen-Anger § 708 N. 3 und zuletzt besonders ausführlich Fischer (in der Festgabe für Dahn), der aber doch das eine ebenfalls zugeben muß, daß in den Fällen der §§ 708—719 „die Vollstreckbarkeitserklärung im Kostenpunkte ohne weiteres erfolgen kann", obwohl insofern eine Vollstreckungswirkung in der Hauptsache sicherlich nicht in Frage steht. In Wirklichkeit stimmt Fischer vollständig mit dem oben vertretenen Standpunkt überein, da seine Ansicht im wesentlichen darauf hinausläuft (vgl. namentlich 76), daß „ein vollstreckbarer Inhalt nicht sowohl für die Erklärung als vorläufig vollstreckbar in der Hauptsache, sondern nur für die Vollstreckungsklausel grundsätzlich erforderlich sei". Denn in der obigen Darstellung wird ebenfalls betont, daß es für die Klausel nicht auf die Vollstreckbarkeitserklärung allein, sondern vor allem auf die Vollstreckbarkeit des Inhalts ankommt.

Digitized by Google

Standpunkte außer der Vollstreckbarkeitserklärung auch die Vollstreckungsfähigkeit als eine besondere Voraussetzung für die Vollstreckung gefordert werden.

Vollstreckungsfähig sind nur diejenigen Titel, die eine sowohl rechtlich als tatsächlich erzwingbare Leistung zum Gegenstande haben.[6]) Freilich spielt bei der Geldvollstreckung, die hier allein in Betracht kommt, die Frage nach der Vollstreckungsfähigkeit nur eine unbedeutende Rolle. Daß die Fähigkeit zur zwangsweisen Durchsetzung aus rechtlichen Gründen fehlen könnte, ist bei der Geldvollstreckung gänzlich ausgeschlossen. Denn die Erzwingung einer Geldleistung, sei es direkt durch Wegnahme des Geldbetrags, sei es indirekt durch Versilberung eines anderen Vermögensstücks, ist von der Rechtsordnung in keiner Weise verboten. Dabei ist wohl zu beachten, daß es sich lediglich um die rechtliche Erzwingbarkeit der in einem Vollstreckungstitel enthaltenen Leistung handelt und daß es nicht darauf ankommt, ob etwa nach materiellem Rechte das Versprechen der Geldleistung „eine Verbindlichkeit nicht begründet“ [7]) oder die Leistung wegen Nichtigkeit des Schuldverhältnisses nicht beansprucht werden kann. Denn für die Möglichkeit und Fähigkeit der Vollstreckung kommt es nicht mehr auf den materiellen Anspruch an, sondern allein auf den im Titel verkörperten Vollstreckungsanspruch, und es ist schon oben darauf hingewiesen worden, daß eine etwaige materiell-rechtliche Nichtigkeit keineswegs den Titel nichtig macht. Sobald ein Vollstreckungstitel vorliegt, der die Verpflichtung zu einer Geldleistung ausspricht, ist also an der rechtlichen Möglichkeit der Zwangsvollstreckung nicht zu zweifeln.[8]) Wohl aber kann es an der tatsächlichen Möglich-

[6]) Vgl. Planck 2, 654, Gaupp-Stein a. a. O., Struckmann-Koch § 704 N. 1, Petersen-Anger § 704 Nr. 3, Falkmann 95 ff. — hiermit deckt sich auch die „Vollstreckbarkeit im materiellen Sinne“ nach Gmelin 23.

[7]) Die sogen. naturalis obligatio, BGB. §§ 656, 762.

[8]) Daß dagegen bei anderen Vollstreckungsarten aus rechtlichen Gründen eine Erzwingbarkeit der Leistung ausgeschlossen sein kann, beweist am besten § 888 Abs. 2. (Verurteilung zur Eingehung der Ehe, Herstellung der ehelichen Gemeinschaft und Leistung von Diensten aus Dienstverträgen.) Hier handelt es sich um „Versagung der Vollstreckung“ — vgl. Kleinfeller oben S. 13 — hier entsteht aber eben auch überhaupt kein Recht zur Vollstreckung, kein Vollstreckungsanspruch, während im Falle des § 811 die Vollstreckungsfähigkeit und

Digitized by Google

keit fehlen, den Titel zu vollziehen, und damit entfällt allerdings die Vollstreckungsfähigkeit. Es ist dies dann der Fall, wenn die Geldleistung im Titel so wenig bestimmt angegeben ist, daß ihr ziffernmäßiger Betrag sich nicht feststellen läßt.[9]) Handelt es sich um die Vollstreckung eines Urteils, dessen Formel einen bestimmten Geldbetrag nicht enthält, so ist es vielleicht noch möglich, aus den Urteilsgründen die Höhe der Forderung zu ersehen. Denn für die Erforschung des Willens des erkennenden Gerichts ist der gesamte Urteilsinhalt maßgebend und die Gründe sind in erster Linie zur Auslegung des Tenors heranzuziehen. Läßt sich aber auch auf diese Weise eine Aufklärung nicht herbeiführen, so bleibt kein anderer Ausweg, als in einem neuen Prozesse dem Mangel der Bestimmtheit abzuhelfen, falls nicht etwa noch die Möglichkeit einer Ergänzung oder Berichtigung des Urteils gemäß § 321 gegeben ist.[10]) Für die sonstigen Vollstreckungstitel, außer dem Urteil, ist die Erhebung einer neuen Klage auf Feststellung des Betrages der geschuldeten Leistung unbedingt erforderlich, um die Vollstreckung zu ermöglichen, denn den anderen Titeln, insbesondere den Vergleichen und den vollstreckbaren Urkunden, werden keine Gründe beigefügt, aus denen sich der Mangel ergänzen ließe.

In allen Fällen ist es unzweifelhaft geboten, daß der Gläubiger zunächst die fehlende Vollstreckungsfähigkeit, die mangelnde Bestimmtheit der Leistung, durch Ergänzung oder Neubeschaffung des

---

damit der Vollstreckungsanspruch in seiner Entstehung nicht betroffen wird. Näheres darüber unten.

[9]) Vgl. RG. im SächsArch. 6, 585 [12] und in JW. 96, 372 [16] (auch 99, 177 [10]).

[10]) Auch Planck, Falkmann und die Kommentare verweisen auf diesen Weg des neuen Prozesses, während nach Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis 60, das auf eine unbestimmte Leistung gehende Urteil nichtig sein und den Prozeß nicht schließen soll, so daß er einfach fortgesetzt werden könnte. Diese Annahme der Nichtigkeit würde zwar dem römischen und dem gemeinen Prozeß entsprechen (vgl. Keller-Wach 318, Wetzell 648), ist aber mit den Grundsätzen des heutigen Rechtes unvereinbar. Über die einzigen Fälle der Nichtigkeit eines Urteils s. oben S. 7. — Wie hier auch die Praxis der Gerichte. Vgl. RG. in GruchotsBeitr. 44, 1193, OLG. Braunschweig in SeuffA. 47 Nr. 253, OLG. Posen daselbst 56 Nr. 141, LG. I Berlin bei Lisiecki-Drewes, Die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen in der Praxis des Amtsgerichts I Berlin 134. Vgl. endlich auch noch Heldmann, ZZP. 21, 492.

Digitized by Google

Titels nachzuholen hat, es ist nicht etwa Sache des Vollstreckungsbeamten, nach eigenem Gutdünken oder im Vertrauen auf die einseitigen Angaben des Gläubigers selbständig eine Berichtigung des Mangels vorzunehmen und trotz der Unbestimmtheit des Titels dennoch in bestimmter Richtung mit der Vollstreckung vorzugehen.

§ 4.

b) Besonderheiten bei einzelnen Vollstreckungstiteln.

Den wichtigsten, früher den einzigen Titel zur Zwangsvollstreckung bildet das richterliche Urteil. Es erlangt die Vollstreckbarkeit in der Regel mit dem Eintritte der formellen Rechtskraft (§§ 704, 705). Die ZPO. hat daneben jedoch noch eine bedingte Vollstreckbarkeit, die sogen. „vorläufige" eingeführt, die zwar als Ausnahme gedacht, aber infolge ihrer leichten Erreichbarkeit praktisch zur Regel geworden ist und eine außerordentlich wichtige Rolle spielt. Auf die einzelnen Fälle der §§ 708, 709 braucht hier nicht eingegangen zu werden, hervorzuheben ist nur, daß die vorläufige Vollstreckbarkeit einen Bestandteil des Urteils selbst bildet und nicht etwa erst im Zwangsvollstreckungsverfahren ausgesprochen wird. Es ist dies durch die Bestimmungen der §§ 714, 716 außer Zweifel gestellt. Die vorläufige Vollstreckbarkeit trägt den Charakter einer resolutiven Bedingung, der Vollstreckungsanspruch wird sofort mit der Zustellung des Urteils wirksam und bleibt es so lange, bis das Urteil in der Hauptsache oder in der Vollstreckbarkeitserklärung aufgehoben wird. Für den Beginn der Zwangsvollstreckung besteht also kein Unterschied in den Wirkungen des endgültig oder vorläufig vollstreckbaren Urteils. Beide Arten von Urteilen müssen insbesondere auch, bevor eine Vollstreckungshandlung vorgenommen werden darf, mit der Vollstreckungsklausel versehen sein, diese kann bei den nicht für vorläufig vollstreckbar erklärten Urteilen nicht durch das Rechtskraftzeugnis (§ 706) ersetzt werden.[1])

Um einen Vollstreckungstitel abgeben zu können, muß das Urteil, außer den vorerwähnten Voraussetzungen der Vollstreckbarkeit und der Vollstreckungsfähigkeit, auch in seiner äußeren Form

[1]) Dagegen ist das Rechtskraftzeugnis für die weiteren Urteilswirkungen — vgl. oben S. 22 — von Bedeutung. Über das Erfordernis der Vollstreckungsklausel näheres unten.

Digitized by Google

den gesetzlichen Erfordernissen genügen. Es muß vor allem ein Endurteil sein, und zwar das Endurteil eines deutschen Gerichts innerhalb der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit. Ausländische Urteile müssen ebenso wie inländische Schiedssprüche, bevor sie im Inlande vollstreckt werden können, bevor sie der inländischen Staatsgewalt gegenüber einen Vollstreckungsanspruch zu begründen vermögen, die Vollstreckbarkeit besonders durch Urteil eines ordentlichen deutschen Gerichts verliehen erhalten haben (§§ 722, 1042). Das Urteil muß ferner den in §§ 309—315 enthaltenen Vorschriften über die Abfassung der Urteile entsprechen. Denn eine Entscheidung, die nur als Beschluß bezeichnet werden kann, ist ebensowenig ein Urteil im Sinne der ZPO., insbesondere des § 704, als ein nicht verkündetes oder nicht unterschriebenes Urteil.

Aber nicht nur durch richterliches Urteil kann ein Prozeß seine Erledigung finden, sondern er kann auch durch beiderseitige Einigung der Parteien über die streitigen Ansprüche beendigt werden und es ist deshalb ebenso wie das Urteil auch der nach Erhebung der Klage zur Beilegung des Rechtsstreits geschlossene Vergleich als Titel zur Zwangsvollstreckung anerkannt (§ 794[1]). Von hier aus ist nur noch ein Schritt bis zur Verleihung der Vollstreckbarkeit auch an den Vergleich, der ohne Erhebung einer Klage zur Beilegung eines Streites vor dem Amtsgericht abgeschlossen ist (§ 794[2]). Darüber hinaus hat die ZPO. dann endlich die Vollstreckung zugelassen ohne Rücksicht auf einen Streit lediglich auf Grund der Vereinbarung der Parteien in Gestalt der sog. vollstreckbaren Urkunde, die, dem gemeinen und preußischen Rechte unbekannt, aus dem französischen Rechte herübergenommen ist.[2]) Dem Gläubiger ist damit der große Vorzug gewährt, ohne den Prozeß und ohne den damit notgedrungen verbundenen Zeitverlust auf dem kürzesten Wege zur zwangsweisen Beitreibung seiner Forderung zu gelangen. Freilich birgt diese Form des Vollstreckungstitels gegenüber den auf gerichtlicher Kognition beruhenden Titeln die nicht zu unterschätzende Gefahr in sich, daß auch fingierte oder nicht rechtsbeständige Ansprüche für die Vollstreckung

[2]) In historischer Hinsicht vgl. David, Die vollstreckbaren Urkunden der ZPO. (Bonner Dissert. 1893) und namentlich Kohler, Gesammelte Beiträge 496 ff. Auf die geschichtliche Entwicklung kann hier nicht eingegangen werden.

Digitized by Google

tauglich gemacht werden können. Kommt gegen diese Gefahr nachträglich als ausgleichendes Mittel die Vollstreckungsgegenklage in Betracht, so soll doch auch schon die Einhaltung genau vorgeschriebener Formen vorbeugend wirken. Entsprechend den für Urteile geltenden Erfordernissen wird auch für die vollstreckbaren Urkunden in erster Linie verlangt, daß sie von einem deutschen Gerichte oder einem deutschen Notar innerhalb der Grenzen seiner Amtsbefugnisse aufgenommen sind, und zwar in den Formen, die für die Urkunden der freiwilligen Gerichtsbarkeit gesetzlich bestimmt sind. Maßgebend sind also die Vorschriften der §§ 167 ff. FGG. und die gemäß §§ 189 ff. daselbst, Art. 141 EGBGB. erlassenen landesgesetzlichen Bestimmungen. Besonders hervorzuheben ist dabei, daß die Mitwirkung von Personen, die nach §§ 170—172 FGG. bei der Beurkundung nicht mitwirken können, die gänzliche oder teilweise Nichtigkeit der Urkunde nach sich zieht, wie aus § 171 Abs. 2 FGG. ausdrücklich hervorgeht. Dasselbe hat aber auch zu gelten, wenn eine der Mußvorschriften der §§ 175—179 FGG. nicht beachtet ist. Fehlt also auch nur eines dieser Erfordernisse, so liegt ein Vollstreckungstitel im Sinne des § 794[5] nicht vor. Dazu treten endlich noch die in der ZPO. selbst enthaltenen Merkmale, die ausdrückliche (wenn auch nicht gerade mit den Worten des Gesetzes erfolgte, aber mit Sicherheit erkennbare) Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung und die Verpflichtung zur Leistung einer bestimmten Geldsumme. In diesem letzten Punkte kommt die sonst nur stillschweigend vorausgesetzte Eigenschaft der Vollstreckungsfähigkeit, auf die oben schon im allgemeinen hingewiesen wurde, noch besonders zum Ausdrucke.

Neben diesen praktisch und theoretisch wichtigsten und häufigsten Titeln sind noch eine Anzahl anderer formeller Akte rechtsfeststellender Natur teils von der ZPO. (§§ 794 Nr. 3, 4, 922, 928, 936), teils von anderen Reichsgesetzen als Vollstreckungstitel anerkannt, deren Aufzählung sich an dieser Stelle erübrigt.[3]) Wegen der formellen Natur des Vollstreckungsanspruchs gilt auch für diese Titel, daß sie den gesetzlich vorgeschriebenen Erforder-

[3]) Vgl. die Zusammenstellungen bei Falkmann 78 ff. und in den Kommentaren zu §§ 704 und 794.

Digitized by Google

nissen genau entsprechen müssen, wenn sie zur Grundlage einer Zwangsvollstreckung geeignet sein sollen.

§ 5.

c) Die Rechtsfolgen bei Mängeln des Titels.

Wenn sonach Form und Inhalt der einzelnen Vollstreckungstitel vom Gesetz genau vorgeschrieben ist und eine Zwangsvollstreckung auf Grund eines fehlerhaften Titels nicht begonnen werden soll, so ist es doch nicht ausgeschlossen, daß bei Einleitung einer Vollstreckung ein Mangel des Titels übersehen worden ist und erst nachträglich festgestellt wird. Es erhebt sich dann naturgemäß die Frage, welchen Einfluß dieser Mangel auf die Gültigkeit der inzwischen vorgenommenen Vollstreckungshandlungen ausübt und ob er insbesondere ein etwa schon erworbenes Pfändungspfandrecht in seiner Wirksamkeit zu beeinträchtigen oder zu vernichten vermag.

Es empfiehlt sich, auch bei der Betrachtung dieser Frage von dem Urteil als dem ursprünglichen und eigentlichen Vollstreckungstitel auszugehen. Die hierfür gewonnenen Ergebnisse lassen sich dann ohne Schwierigkeit auf die Mängel anderer Titel entsprechend übertragen. Zunächst mögen die Fälle, in denen die gesetzliche Form eines Urteils in dem einen oder anderen Punkte nicht gewahrt ist, in Rücksicht gezogen werden. Der für die Beurteilung am einfachsten gelagerte Fall eines Formmangels beim Urteile ist das Fehlen von Tatbestand oder Entscheidungsgründen, also ein Verstoß gegen die Vorschrift des § 313. Zweifellos rechtfertigt ein solcher Mangel die Berufung und — der zweite stets, der erste, sobald die zur Feststellung der Entscheidung erforderliche tatsächliche Grundlage sich nicht etwa aus dem Zusammenhange der Gründe ergibt, — auch die Revision. Ebensowenig aber kann es zweifelhaft sein, daß aus einem derartig fehlerhaften Urteil trotzdem eine gültige Zwangsvollstreckung betrieben werden kann. Denn es enthält jedenfalls den für den Zweck der Vollstreckung wichtigsten Teil, die Urteilsformel, in dieser verkörpert sich der Befehl zur Vollstreckung, sie gibt an, welche Leistung zwangsweise verwirklicht werden soll. Und wenn die übrigen Vollstreckungstitel überhaupt keine Gründe kennen, wenn sie sich lediglich auf die Bezeichnung der zu erzwingenden Leistung beschränken, so muß auch ein ohne Gründe

Digitized by Google

erlassenes Urteil allein vermöge der Formel eine wirksame Zwangsvollstreckung zu tragen imstande sein. Unter allen Umständen wird man diese Folgerung dann zulassen müssen, wenn jenes Urteil rechtskräftig geworden ist. Denn in diesem Falle liegt in dem Verstreichenlassen der Rechtsmittelfrist der Verzicht des Gegners auf die Geltendmachung der Mängel und damit sind diese endgültig geheilt. Ist dagegen das Urteil noch nicht rechtskräftig und wird lediglich auf Grund einer vorläufigen Vollstreckbarkeitserklärung mit der Vollstreckung begonnen, so muß es dem Schuldner unbenommen sein, den Mangel auch während des Vollstreckungsverfahrens geltend zu machen. Er muß dann aber gegen das Urteil das zulässige Rechtsmittel einlegen, kann zunächst durch eine interimistische Entscheidung des Rechtsmittelgerichts gemäß §§ 718, 719, 707 die einstweilige Einstellung der Zwangsvollstreckung herbeiführen, und, sobald das mangelhafte Urteil aufgehoben ist, die definitive Aufhebung der Vollstreckung nach §§ 775 Nr. 1, 776 verlangen. Ein anderer Weg, auf Grund jener Mängel der Vollstreckung Einhalt zu tun, steht ihm dagegen nicht offen. Insbesondere kann er daraus nicht nach § 732 eine Einwendung gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel herleiten, denn da, wie gesagt, schon aus der Formel die Vollziehung der Vollstreckung möglich ist, so ist auch die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils nicht unzulässig. § 317 Abs. 2 besagt nur, daß vor der Verkündung und vor der Unterschrift des Urteils eine Ausfertigung nicht erteilt werden darf, eine gleiche Vorschrift bezüglich anderer Urteilsmängel besteht jedoch nicht. Auch die übrigen für die Zwangsvollstreckung besonders vorgesehenen Rechtsbehelfe treffen auf diesen Fall nicht zu, und es bleibt in der Tat nur die Einlegung des ordentlichen Rechtsmittels, um zur Einstellung und Aufhebung der Vollstreckung zu gelangen. Selbstverständlich kann der Schuldner aber auch durch Verzicht auf das Rechtsmittel die Zwangsvollstreckung in gültiger Weise geschehen lassen, wie wenn sie von Anfang an erst nach Eintritt der Rechtskraft begonnen worden wäre. Ein derartiges Urteil ist also weder selbst nichtig, noch hat es ohne weiteres die Nichtigkeit der aus ihm betriebenen Vollstreckung zur Folge, es kann Rechtskraftwirkungen so gut wie Vollstreckungswirkungen äußern. Nur unterliegt es der Anfechtung

Digitized by Google

im ordentlichen Rechtszuge und mit der erfolgreichen Anfechtung muß auch die Vollstreckung nachträglich ihrer Wirksamkeit wieder verlustig gehen. Kommt dagegen die Anfechtung zu spät, ist sie also unzulässig, oder erfolgt sie überhaupt nicht, so kann auch die Gültigkeit der Vollstreckung und die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts nicht mehr in Zweifel gezogen werden. Durch den Untergang des Anfechtungsrechts wird also der Mangel, welcher der Entstehung des Vollstreckungsanspruchs anhaftete, geheilt. Dieser letzte Satz ergibt sich für den soeben besprochenen Fall ganz von selbst und doch ist er durchaus nicht überflüssig. Es muß vielmehr schon an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß stets, wenn es sich nur um Mängel in den sachlichen Vollstreckungsbedingungen handelt, mit dem Eintritte der prozessualen Unanfechtbarkeit der Vollstreckung auch die materielle Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts außer Frage gestellt ist. Jener Satz beansprucht also allgemeine Bedeutung, und es wird sich auch herausstellen, daß er sogar in der viel umstrittenen Frage, ob nach beendigter Vollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige Sache dem Drittеigentümer gegen den Gläubiger ein Bereicherungsanspruch zusteht, die entscheidende Rolle spielt.[1])

Was die sonstigen Mängel anlangt, an denen ein Urteil unter Verstoß gegen § 313 kranken könnte, so darf von dem Falle, daß einem Erkenntnisse von allen wesentlichen Bestandteilen nur die Formel allein fehlt, füglich abgesehen werden, wenn anders die Darstellung sich noch auf dem Boden der Wirklichkeit bewegen und nicht in eine leere Spielerei mit rein abstrakten Dingen sich verlieren soll. Wohl aber kann es vorkommen — und die hierher zu zählenden Fälle gehören durchaus nicht etwa zu den Seltenheiten —, daß die Bezeichnung der Parteien ungenau oder die Fassung der Formel unbestimmt und unklar ist. Dann handelt es sich nicht lediglich um einen Mangel in formeller Beziehung, sondern es fehlt dem Urteile zugleich die Vollstreckungsfähigkeit in dem oben festgestellten Sinne.[2]) Gerade weil ein solcher Fehler das Urteil zu einer zwangsweisen Vollziehung ungeeignet macht, soll in derartigen Fällen die Vollstreckungsklausel nicht erteilt

[1]) Über diese Frage ausführlich unten § 14.

[2]) Vgl. oben § 3.

Digitized by Google

werden, denn diese wird dem Urteile „zum Zwecke der Zwangsvollstreckung" (§ 725) hinzugefügt und dieser Zweck läßt sich eben infolge des Mangels der Bestimmtheit nicht erreichen. Wenn aber demungeachtet die Klausel erteilt worden ist und eine Pfändung dann trotz der ungenauen Parteibezeichnung bei dem richtigen Schuldner ohne dessen Widerspruch erfolgt, so wird man auch dieser Pfändung den Charakter einer rechtswirksam vollzogenen nicht absprechen können. Der Titel lautet z. B. gegen „die Erben des A.," ohne diese im einzelnen namhaft zu machen, es kommen aber nur 2 Kinder als Erben in Betracht, die einen gemeinschaftlichen Haushalt führen, und in diesem erfolgt die Pfändung. Die beiden Kinder widersprechen nicht. Soll trotzdem ein Dritter sich über diese Pfändung einfach hinwegsetzen können? Ebenso wird man, wenn die Leistung in der Formel zwar nicht genügend bestimmt in die Erscheinung tritt, wenn aber die Versteigerung der Pfandsachen einen Erlös erzielt hat, welcher der wahren Höhe der Urteilsforderung entspricht, und wenn hierüber zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner Übereinstimmung herrscht, nicht nachträglich die Pfändung als unwirksam ansehen können. Es wäre auch gar nicht einzusehen, aus welchem Grunde das Gesetz ein solches Verfahren als nichtig behandeln sollte, denn der Zweck, den der Titel erfüllen soll, ist durchaus in dem gewollten Sinne erreicht worden, der Gläubiger hat das erhalten, was ihm von Rechts wegen gebührt, und weder der Schuldner, der ja mit dem Verfahren einverstanden war, noch ein konkurrierender Gläubiger ist geschädigt worden. Namentlich trifft den betreibenden Gläubiger nicht etwa deshalb ein Vorwurf, weil er den ungenügenden Titel zur Vollstreckung benutzt hat, denn einmal hat er auf die Urteilsabfassung nicht den mindesten Einfluß und sodann muß ihn die Erteilung der Vollstreckungsklausel in den Glauben versetzen, daß eine Vollstreckung trotz der ungenügenden Bezeichnung möglich und durchführbar ist. In diesem Moment zeigt sich besonders der Unterschied gegenüber den formellen Bedingungen der Vollstreckung. Denn bei den letzteren hat es der Gläubiger in der Hand, Fehler zu vermeiden, und deshalb ist es nur billig, daß sich die Folgen etwa doch begangener Fehler auch gegen ihn richten, also ein wirksames Pfändungspfandrecht für ihn nicht entstehen kann, und daß

Digitized by Google

nicht andere Gläubiger desselben Schuldners, die fehlerfrei vorgegangen sind, unter seinem Fehler zu leiden haben. Das trifft namentlich zu für die Zuständigkeit, die Zustellung des Titels und den Ablauf des Kalendertags, die schon oben als Beispiele für die Annahme der Nichtigkeit herangezogen wurden.[3]) Daß außerdem dem Gläubiger auch solche formellen Fehler zur Last fallen, die er nicht selbst, aber der in seinem Auftrage handelnde Gerichtsvollzieher begangen hat, etwa bei Verletzung des Gewahrsams eines Dritten (§ 809), ist nichts Auffallendes, entspricht vielmehr nur der auch für das materielle Recht anerkannten Rechtsregel, daß die Handlungen des Vertreters unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirken (§ 164 BGB.).

Man kann also, um auf den Ausgangspunkt zurückzukommen, die Vollstreckung, die auf Grund eines nicht genügend bestimmt gefaßten Urteils erfolgt, nicht schon um dieser Unbestimmtheit willen als nichtig betrachten, man muß sie vielmehr, wenn der Schuldner nicht widerspricht, als gültig und vollwirksam ansehen. Darin liegt aber gleichzeitig bereits ausgedrückt, daß der Schuldner zum Widerspruche befugt ist, daß er aus einem solchen ungenügenden Titel eine Vollstreckung nicht zu dulden verpflichtet ist. Er hat also m. a. W. auch in diesem Falle das Recht, die Vollstreckung *anzufechten*. Hierfür stehen ihm aber, im Gegensatze zu dem zuerst erörterten Falle, daß Tatbestand oder Entscheidungsgründe fehlen, zwei *Rechtsbehelfe* zu Gebote, die eigens für das Zwangsvollstreckungsverfahren zu dienen bestimmt sind. Zunächst hat er die Einwendung aus § 732, denn infolge der mangelnden Vollstreckungsfähigkeit hätte, wie schon bemerkt, die Vollstreckungsklausel nicht erteilt werden dürfen. Es kann jedoch zugleich die unbestimmte Urteilsfassung auch zu einer Ungewißheit darüber führen, welcher materielle Anspruch in dem Urteile habe entschieden werden sollen, und deshalb muß der Weg der Vollstreckungsgegenklage gemäß § 767 gleichfalls offen stehen, um die Zweifel über den materiellen Anspruch zu beseitigen. Dem Erfordernis, das Abs. 2 des § 767 verlangt, ist jedenfalls genügt, denn der Einwand des zweifelhaften Urteilsinhalts konnte unmöglich schon vor Erlaß des

[3]) S. § 1 a. E.

Digitized by Google

Urteils entstanden sein, er ist überhaupt erst bei Gelegenheit der Zwangsvollstreckung zutage getreten.[4]) Es ist damit dem Schuldner hinreichende Gelegenheit geboten, einer Vollstreckung aus einem ihm nicht bestimmt genug erscheinenden Urteil entgegenzutreten. Es muß dabei noch vom praktischen Standpunkte aus berücksichtigt werden, daß gerade zwischen den Begriffen „bestimmt" und „unbestimmt" die Grenze oft nur sehr schwer zu ziehen ist und daß schon deshalb die Annahme einer absoluten Nichtigkeit hier als ausgeschlossen erscheinen muß, daß es vielmehr durchaus genügt, wenn der Schuldner in der Lage ist, eine gerichtliche Entscheidung in zweifelhaften Fällen herbeizuführen, und wenn auf diese Weise sein Interesse gewahrt wird.[5])

War bisher nur von solchen Mängeln die Rede, die ein Urteil als äußerlich unvollständig oder als inhaltlich unzureichend erscheinen ließen, die aber doch ein existent gewordenes Urteil voraussetzen und Urteilswirkungen ermöglichen, so gibt es auch Verstöße gegen die bei der Urteilsfällung vorgeschriebenen Formen, die dem als Urteil bezeichneten Schriftstücke den Charakter eines Urteils überhaupt nehmen, sodaß es im besten Falle nur als Urteilsentwurf bezeichnet werden kann. Solche absolut wesentlichen Erfordernisse sind die Verkündung (§ 311) und die Unterschrift (§ 315). Solange diese beiden fehlen, liegt ein wirksames Urteil noch nicht vor und es ist deshalb auch allgemein anerkannt, daß die Zustellung eines nicht verkündeten oder nicht unterschriebenen Urteils ohne jede Rechtswirkung ist und insbesondere den Lauf der Rechtsmittelfrist nicht eröffnet.[6]) Es kann also nie in Rechtskraft über-

[4]) Vgl. LG. Halle, NaumburgAK. 92, 60.

[5]) Wie der Gläubiger dem Mangel der Unbestimmtheit abhelfen kann, ist oben (§ 3 a. E.) bereits dargestellt.

[6]) Vgl. die Kommentare, ferner Planck 1, 468 und RG. 29, 367, RG. in SeuffA. 49 Nr. 59. — Der Fall, daß die Unterschrift des Amtsrichters nach Niederschrift und Vollziehung des Protokolls unmöglich wird, zählt nicht hierher, für ihn gilt vielmehr das oben über das Fehlen von Tatbestand oder Gründen Gesagte, denn es wird in solchem Falle das Protokoll mit der Formel ausgefertigt und es ist dann das ordentliche Rechtsmittel der Berufung zulässig. — A. A. Biermann in 33P. 35. 201 ff., nach dem das Urteil sofort mit der Verkündung rechtskräftig werden soll. Diese Ansicht ist jedoch, wie Biermann selbst (221) anerkennen muß, durchaus unpraktisch und ihre theoretische Begründung keineswegs überzeugend. — Ebenso ist der in RG. 58, 118 enthaltene Fall zu behandeln.

Digitized by Google

gehen, selbst wenn die Parteien auf die Geltendmachung jener Mängel verzichten wollten. Daraus folgt, daß ein solches angebliches Urteil auch ungeeignet sein muß, Vollstreckungswirkungen hervorzurufen. Es darf auch von einem dergestalt unfertigen, noch nicht zu rechtlicher Existenz gelangten Urteil keine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden, schon die Erteilung einer einfachen Ausfertigung ist durch § 317 Abs. 2 ausdrücklich verboten. Sollte jedoch trotz dieses Verbots ein nicht verkündetes oder nicht unterschriebenes Urteil mit der Vollstreckungsklausel versehen und darauf eine Pfändung vorgenommen worden sein, so wäre diese letztere allerdings absolut unwirksam, also nichtig und die Nichtigkeit könnte von jedem und jederzeit geltend gemacht werden.[7])

Dieses Ergebnis steht anscheinend in unlösbarem Widerspruche mit der wiederholt betonten Grundauffassung, daß der Mangel einer sachlichen Bedingung als solcher für sich allein nur zur Anfechtbarkeit führen und durch Nichtanfechtung geheilt werden könne. In Wahrheit läßt sich jedoch beides sehr wohl in Einklang bringen. Denn das Vorhandensein, die rechtsgültige Existenz eines Titels ist nicht allein sachliche Voraussetzung für die Entstehung des Vollstreckungsrechts, sondern zugleich unerläßliche formelle Grundlage für das Einschreiten der Vollstreckungsbehörden. Es kommt dieser letztere Gesichtspunkt sogar in doppelter Hinsicht zum Ausdruck, indem für den Beginn jeder Vollstreckungstätigkeit zwei prozessuale Voraussetzungen erfordert werden, die Erteilung der Klausel und die Zustellung des Titels. Diesen beiden Erfordernissen kann aber gerade bei einem nicht verkündeten oder nicht unterschriebenen Urteil keinesfalls genügt werden. Denn wie aus dem oben Gesagten hervorgeht, ist nicht nur die Erteilung der Klausel gesetzlich verboten, sondern auch die etwaige Zustellung des sogenannten Urteils entbehrt jeglicher Rechtswirkung. Bei Beobachtung der gesetzlichen Form darf also auf Grund eines solchen Urteils keine Zwangsvollstreckung begonnen werden und der Verstoß gegen die formellen Bedingungen ist es, der unmittelbar zur Nichtigkeit führt. Nur die Tatsache, daß die sachliche Bedingung eines gesetzmäßigen Titels mit diesen formellen Voraussetzungen verbunden ist, läßt einen

[7]) Vgl. Falkmann 24, Falkenstein, die Erteilung der Vollstreckungsklausel auf Anordnung des Vorsitzenden (Rostocker Dissertation 1903).

Digitized by Google

Unterschied in den Mängelfolgen nicht hervortreten, es kommt vielmehr die stärkste Wirkung, die Nichtigkeit, allein zur Geltung.

Eine auffallende Erscheinung kann hierin keineswegs erblickt werden, sondern das Ergebnis entspricht lediglich dem allgemeinen Grundsatze, daß etwaige prozessuale Mängel stets in erster Linie ausschlaggebend sind und jede sachliche Prüfung dann völlig zurücktreten muß. Es ist dasselbe Prinzip, von dem auch das Erkenntnisverfahren beherrscht ist und auf Grund dessen z. B. beim Vorliegen eines Prozeßhindernisses (§ 274) nur eine absolutio ab instantia zu erfolgen hat ohne Rücksicht darauf, ob die Klage gleichzeitig auch sachlich unbegründet ist, oder bei Versäumung der Rechtsmittelfrist nur die Verwerfung des Rechtsmittels als unzulässig (§§ 535, 554 a), mag auch zugleich der sachliche Angriff ungerechtfertigt sein.

Hier greift auch nicht der Gesichtspunkt Platz, der bei dem vorerwähnten Falle in Betracht kam, daß der Gläubiger auf die Urteilsfassung keinen Einfluß habe und ihn deshalb kein Vorwurf treffe, wenn er von dem zwar mangelhaften, für ihn aber doch vollstreckbar ausgefertigten Urteil Gebrauch macht. Denn die Beantwortung der Frage, ob die *Fassung* des im übrigen vollständigen Urteils ausreichend ist, um eine zwangsweise Durchführung zu ermöglichen, kann sehr zweifelhaft sein und hängt im wesentlichen von einer *tatsächlichen* Würdigung ab und deshalb ist es dem Gläubiger nicht zu verargen, wenn er mit Rücksicht auf die Erteilung der Klausel diese Frage zu seinen Gunsten auslegt und die Vollstreckung wenigstens versucht. Ganz anders aber liegt es beim Fehlen der Unterschrift. Dieser Mangel liegt in der gesetzlichen Form und im *Wesen* des gerichtlichen Erkenntnisses, die aus ihm sich ergebende *rechtliche* Unwirksamkeit des Urteils kann niemals zweifelhaft sein und deshalb kann selbst die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung den Mangel nicht zugunsten des Gläubigers decken.

Wenn das Fehlen der Unterschrift aus der Ausfertigung *erkennbar* war, so wird man diesem Resultat wohl unbedenklich zustimmen, denn der Gläubiger und der von ihm beauftragte Vollstreckungsbeamte haben die vollstreckbare Ausfertigung genau zu prüfen, nicht nur daraufhin, ob die Klausel, sondern auch darauf-

Digitized by Google

hin, ob der Titel selbst äußerlich mangelfrei ist,[8]) insbesondere Verkündungsvermerk und Unterschrift trägt, und wenn diese Prüfung nicht mit der erforderlichen Sorgfalt vorgenommen worden ist, so hat es sich der Gläubiger selbst zuzuschreiben, daß die Vollstreckung ihm kein wirksames Pfändungspfandrecht zu verschaffen vermag. Er mußte die Ausfertigung zurückgeben und die Nachholung des Fehlers beantragen. Es handelt sich bei dieser Nachholung nicht um eine Ergänzung oder Berichtigung im Sinne der §§ 319 ff., denn eine solche setzt ein wirksames, also ein unterschriebenes und verkündetes Urteil voraus. Die Nachholung ist deshalb auch nicht an eine bestimmte Frist gebunden und kann ohne weiteres erfolgen. Sie bietet namentlich beim Fehlen einer Unterschrift keine Schwierigkeit. Auf einfachen Antrag des Gläubigers wird die Urschrift und danach die Ausfertigung vervollständigt. Nicht ganz so einfach gestaltet sich die Sachlage beim Fehlen der Verkündung. Denn da die Verkündung der Urteile stets in einem Termine zu erfolgen hat (§ 310), so ist bei Rückgabe der Ausfertigung zugleich ein neuer Verhandlungstermin zu erbitten und der Gegner dazu zu laden. Bei beiden Mängeln ist also die Nachholung zwar zeitraubend für den Gläubiger, aber sie gibt ihm doch ein Mittel an die Hand, um den Mangel noch vor dem Beginne der Vollstreckung zu beseitigen, sodaß er mit Recht den Schaden zu tragen hat, wenn er von diesem Mittel keinen Gebrauch macht.

Dagegen versagt diese Erwägung vollständig, sobald das Fehlen der Unterschrift oder der Verkündung für den Gläubiger *nicht erkennbar* ist, wenn also die Ausfertigung sich als die Wiedergabe eines vollständigen und formgerechten Urteils darstellt, obwohl in Wahrheit das Urteil nicht verkündet ist oder die Urschrift eines landgerichtlichen Urteils statt der erforderlichen 3 nur 2 Unterschriften enthält. Auch solche Fälle sind in der Praxis keineswegs undenkbar und kommen im Drange der Geschäfte trotz aller Sorgfalt hin und wieder vor. Es ist z. B. Verkündungstermin angesetzt. Während andere Sachen verhandelt werden, verfaßt der Gerichtsschreiber das Protokoll in der zu verkündenden Sache,

[8]) Auf diese Frage wird unten beim Erfordernisse der Klausel näher eingegangen werden.

Digitized by Google

legt aber die Akten nicht wieder dem Richter zur Verkündung vor. Dieser unterschreibt am Schluß der Sitzung auch das Verkündungsprotokoll, ohne die Verkündung selbst vorgenommen zu haben, da das Verhalten des Gerichtsschreibers ihn in den Irrtum versetzt hat, er habe bereits verkündet. Infolgedessen enthält die Ausfertigung des Urteils nachher fälschlicherweise den Verkündungsvermerk. Bei den Kollegialgerichten — wenigstens soweit dem Verfasser bekannt ist — besteht hinsichtlich der Unterzeichnung der Urteile die Übung, daß nach Eingang des Urteils auf der Gerichtsschreiberei die Namen der noch in Betracht kommenden Richter mit Bleistift vorgeschrieben werden, um die Sammlung der Unterschriften zu erleichtern, da vielfach die Richter in mehreren Kammern oder Senaten beschäftigt werden. Es ist nun leicht möglich und tatsächlich vorgekommen, daß eine solche Bleistiftnotiz für die wirkliche Unterschrift gehalten worden ist und daß die Urteilsausfertigung auch diese Unterschrift enthält, die in Wahrheit noch gar nicht vorhanden war. Läßt nun der Gläubiger auf Grund einer derartigen Ausfertigung vollstrecken, so muß es als hart erscheinen, wenn ihm, vielleicht nach Jahren, die Nichtigkeit des Titels und damit die Nichtigkeit der Vollstreckung von einem Dritten, der den Mangel zufällig entdeckt hat, noch soll entgegengehalten werden können. Denn er hatte keine Veranlassung, an der Richtigkeit der amtlichen Abschrift zu zweifeln, ihn trifft also nicht der mindeste Vorwurf. Und doch wird die angeführte Konsequenz sich nicht vermeiden lassen. Wenn auch die Ausfertigung amtlichen Charakter trägt und die Urschrift nach außen zu vertreten bestimmt ist, so ist sie doch nicht imstande, Fehler der Urschrift zu ersetzen oder zu heilen. Sie bleibt lediglich eine, nur durch ihre Form besonders gekennzeichnete, Abschrift des Originals und es kann der Beweis nicht verschlossen werden, daß die Abschrift mit dem Original nicht übereinstimmt. Ebensowenig darf trotz des Verkündungsvermerks, der sich nicht nur auf der Ausfertigung, sondern sogar auf der Urschrift befindet, der Gegenbeweis abgeschnitten werden, daß eine Verkündung in Wahrheit nicht erfolgt ist. Denn wenn man das Fehlen dadurch als geheilt ansehen wollte, daß es vom Schuldner innerhalb des Vollstreckungsverfahrens nicht gerügt ist, so würde darin wieder ein Verzicht der Parteien auf diese Mängel

Digitized by Google

erblickt werden müssen und ein solcher ist bei dem absoluten Charakter jener Erfordernisse unbedingt ausgeschlossen.

Dagegen kann man nicht an die Parallele mit solchen Urteilen denken, bei denen dem Richter eine offenbare Unrichtigkeit untergelaufen ist, z. B. eine Verurteilung zu 200 M. ausgesprochen ist, obwohl der sonstige Inhalt des Urteils, namentlich der im Tatbestand enthaltene Klagantrag, keinen Zweifel darüber läßt, daß nur 100 M. gemeint sind und der Richter sich lediglich verschrieben hat. Es kann dies vorkommen, wenn die Klageforderung nachträglich ermäßigt ist, dem Richter aber bei der Niederschrift der Formel noch die ursprüngliche Summe vorschwebte. Man wird nicht bezweifeln, daß die Beitreibung von 200 M. im Wege der Zwangsvollstreckung unzulässig ist und daß die zuviel erlangten 100 M. zurückgewährt werden müssen, auch wenn der Schuldner im Vollstreckungsverfahren selbst keinen Widerspruch erhoben hat. Aber dieser Fall liegt eben doch wieder so, daß der Gläubiger die „offenbare" Unrichtigkeit erkennen mußte und daß er sogar schuldhaft handelt, wenn er wider besseres Wissen einen größeren Betrag beitreiben läßt, als ihm von Rechts wegen zusteht.[9]) Es handelt sich ja auch nicht um ein unvollständiges und deshalb rechtlich überhaupt unwirksames, sondern lediglich um ein unrichtiges Urteil. Ein solcher Fall kann deshalb zum Vergleiche nicht herangezogen werden. Bei den Urteilen dagegen, bei denen entweder Verkündung oder Unterschrift fehlt, muß dieser Mangel, um es nochmals zu betonen, stets zur Nichtigkeit der Vollstreckung führen, schon deshalb, weil eine nach § 750 erforderliche wirksame Zustellung des Titels nicht erfolgt ist und daher das Vollstreckungsverfahren einer gültigen Einleitung entbehrt.[10])

Bei den übrigen Vollstreckungstiteln ist der Einfluß von Mängeln analog den vorstehend für die Urteile gewonnenen Ergebnissen zu beurteilen. Es erstreckt sich dies namentlich auf den

---

[9]) Man könnte hier in der Tat von einer absichtlich rechtswidrigen Ausnutzung des Versehens sprechen und deshalb einen Schadensersatzanspruch zulassen. Vgl. oben § 3 Anm. 3 a. E.

[10]) Ob der Gläubiger Ersatz seines Schadens von dem Gerichtsschreiber verlangen kann, der die falsche Ausfertigung erteilt hat, braucht nicht erörtert zu werden.

Digitized by Google

Mangel der Vollstreckungsfähigkeit, eine Vollstreckung trotz mangelnder Bestimmtheit der Leistung oder trotz ungenauer Bezeichnung der Parteien kann also bei sämtlichen Titeln nur zur Anfechtung durch den Schuldner führen und zwar, wie oben ausgeführt, entweder gemäß § 732 (Einwendung gegen die Klausel) oder § 767 (Vollstreckungsgegenklage). Demgegenüber stehen die Mängel solcher Erfordernisse, die, wie beim Urteil Unterschrift und Verkündung, dem Titel erst seinen spezifischen Charakter verleihen und seine Existenzmöglichkeit bedingen, ohne die er höchstens Beweisurkunde, nicht aber Vollstreckungstitel sein kann. Selbstverständlich kommen aber auch hier nur solche Mängel in Betracht, welche die prozessuale Erscheinungsform des Titels in einer wesentlichen Beziehung zu beeinträchtigen geeignet sind, nicht dagegen etwaige Unrichtigkeiten der zwischen Gläubiger und Schuldner bestehenden materiellen Rechtslage. Wenn also z. B. dem Schuldner gegenüber ein Prozeßvergleich gemäß § 779 BGB. deshalb als materiell unwirksam anzusehen wäre, weil der nach dem Vertragsinhalte zugrunde gelegte Sachverhalt der Wirklichkeit nicht entspricht, oder wenn die in einer vollstreckbaren Urkunde abgegebene Erklärung infolge arglistiger Täuschung materiell nach § 123 BGB. anfechtbar wäre, so würde durch diese Tatsachen doch nicht der Titel als solcher ipso jure als ungültig und als nicht vorhanden zu betrachten sein. Daß vielmehr nur der Weg der Vollstreckungsgegenklage gegeben ist, um nachträglich den Wegfall des Vollstreckungsanspruchs herbeizuführen, ergibt sich schon aus dem früher Gesagten. Die Frage nach der Existenzfähigkeit des Titels dagegen hängt, wie beim Urteil, lediglich davon ab, ob die Urkunde, wenn auch nicht völlig korrekt zustande gekommen (Analogie: Urteil ohne Tatbestand), doch diejenigen Merkmale aufweist, die für den prozessualen Charakter und für die Eignung zur Vollstreckbarkeit absolut wesentlich und unerläßlich sind.

Für den Fall des Vergleichs im Sinne des § 794[1] besteht diese prozeßtechnische Eigenart darin, daß die Parteien während eines schwebenden Prozesses vor Gericht zu Protokoll erklären, sich vergleichen zu wollen, um auf diese Weise den Rechtsstreit (ganz oder zum Teil) zu beendigen. Wesentlich ist also, daß im Protokolle mit beiderseitiger Übereinstimmung der Ausdruck „Vergleich" auf-

Digitized by Google

genommmen wird, damit ist der prozessualen Form genügt, dagegen kommt es nicht darauf an, ob die Abmachung in ihrem materiellen Inhalte sich als ein Vergleich nach dem privatrechtlichen Begriffe des § 779 BGB., also als ein gegenseitiges Nachgeben darstellt. Es ist zwar richtig, daß das Gericht eine Erklärung der Parteien des Inhalts „die Parteien vergleichen sich dahin, daß der Beklagte den Klaganspruch anerkennt und sich verpflichtet, die eingeklagte Summe zu zahlen und sämtliche Kosten zu tragen" nicht als Vergleich entgegennehmen soll, sondern als Anerkenntnis des Beklagten; ist aber einmal eine solche Erklärung als „Vergleich" protokolliert, so wäre es offensichtlich verfehlt, wenn man daraus eine Vollstreckung überhaupt nicht zulassen wollte.[11]) Wohin sollte es auch führen, wenn dem Gerichtsschreiber, der um Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung des Vergleichs angegangen wird, eine Prüfung der Frage zugemutet werden sollte, ob beide oder nur eine der Parteien etwas nachgelassen hat? Wesentliches Moment für die Fähigkeit eines Vergleichs, als Vollstreckungstitel zu fungieren, ist ferner die gerichtliche Mitwirkung. Einigen sich also 2 Parteien zum Zwecke der Prozeßbeendigung vor einer anderen, z. B. einer Polizei-Behörde auf eine bestimmte Summe, so kann diese nicht im Vollstreckungswege beigetrieben werden und eine etwa dennoch bewirkte Pfändung wäre ipso jure nichtig. Die Nichtigkeit tritt eben deshalb ein, weil es an dem Erfordernis einer rechtsgültigen Klausel fehlt, weil jene außergerichtliche Behörde zur Erteilung von vollstreckbaren Ausfertigungen schlechthin unbefugt ist. Anders dagegen liegt es, wenn der Vergleich vor einem ordentlichen deutschen Gericht abgeschlossen ist. Sinn und Zweck des § 794 [1] lassen zwar deutlich erkennen, daß nur ein Vergleichsschluß vor einem solchen Gerichte berücksichtigt werden soll, das

[11]) Mit dieser Modifikation kann also Kohler (ZZP. 29, 42) zugestimmt werden. Es fällt zwar eine derartige Erklärung nicht, wie er annimmt, ohne weiteres unter den Begriff des Vergleichs, sodaß das Gericht an die Bezeichnung Vergleich gebunden wäre, ein Irrtum des Gerichts führt aber auch nicht zur Nichtigkeit. — Eventuell könnte man übrigens selbst in einem solchen Falle ein Nachgeben auf seiten des Klägers konstruieren insofern, als er von seinem Rechte, ein Urteil zu verlangen, keinen Gebrauch macht und zur Verringerung der Kosten beiträgt. (Ähnlich in der Tat Seuffert Anm. 2 a zu § 794.)

Digitized by Google

mit der Erledigung des schwebenden Prozesses befaßt ist, sei es im ganzen Umfange (Prozeßgericht), sei es auch nur mit einem Teile des Prozeßstoffs (beauftragter Richter, ersuchtes Gericht, Beschwerdegericht). Es ist also unrichtig, wenn ein in keiner Weise beteiligtes Gericht sich zur Entgegennahme eines Vergleichs herbeiläßt, der auf die Beendigung eines anderweit anhängigen Rechtsstreits gerichtet ist. Es ist dies ebenso unrichtig, wie wenn das Prozeßgericht eine Erklärung, die lediglich ein Anerkenntnis enthält, als Vergleich zu Protokoll nimmt. Beides sind aber nur Soll-Vorschriften und deshalb sind auch die Wirkungen in beiden Fällen die gleichen. Denn obwohl das Verfahren inkorrekt ist, so ist es doch nicht absolut unzulässig und verboten. Es kann z. B. wohl die Möglichkeit eintreten, daß die Parteien sich vor das ersuchte Gericht begeben und sich dort vergleichen, bevor diesem die Akten zugegangen sind. Hält man dies für zulässig, so muß man auch noch einen Schritt weitergehen und kann die Zulässigkeit dann nicht unbedingt verneinen, wenn die Parteien irrtümlich ein fremdes Gericht für das ersuchte angesehen und vor diesem den Vergleich geschlossen haben.[12]) Man muß also auch hierin eine Mittelmeinung[13]) vertreten; es ist grundsätzlich nicht zu billigen, daß ein mit dem Prozesse nicht befaßtes Gericht einen Vergleich zwecks Beendigung des Prozesses entgegennimmt; ist es aber trotzdem geschehen, so ist der Vergleich nicht unwirksam, es mangelt ihm insbesondere nicht die Vollstreckungswirkung, denn er ist immerhin unter gerichtlicher Sanktion zustandegekommen und kann vollstreckbar ausgefertigt werden, unterscheidet sich also gerade in diesem wesentlichen Merkmal durchaus von dem zuvor erwähnten Falle eines Vergleichsschlusses vor der Polizeibehörde. Freilich könnten Zweifel entstehen, welcher Gerichtsschreiber die Klausel zu erteilen hat.[14]) Diese Frage ist aber unbedenklich in dem Sinne zu entscheiden,

[12]) Man denke z. B. an die Berliner Gerichtsorganisation.

[13]) Die bisher vertretenen Meinungen stehen sich schroff gegenüber. Vgl. auf der einen Seite RG. 21, 348, Struckmann-Koch, Reincke und Hellmann, Lehrb. 814 (jedes beliebige Gericht darf ohne weiteres einen Vergleich entgegennehmen) — auf der anderen Planck 2, 652, Wilmowski-Levy, Gaupp-Stein, Seuffert, Falkmann 64, Dronke ZZP. 30, 61, und namentlich Wolf in ArchZivPrax. 88, 197 ff. (für absolute Unzulässigkeit und Unwirksamkeit).

[14]) Darauf macht Wolf 198 aufmerksam.

Digitized by Google

daß der Gerichtsschreiber des Prozeßgerichts, dem der Vergleich übersandt werden muß, als zuständig in Betracht zu kommen hat, wie denn auch die herrschende Meinung für den analogen Fall der Aufnahme des Vergleichs vor einem ersuchten Gerichte zu demselben Ergebnisse gelangt ist.[15]) Absolut wesentlich ist aber ferner, daß der Vergleich zur Beendigung eines noch schwebenden Prozesses dienen muß, um Vollstreckungstitel sein zu können. Deshalb ist, wie allgemein anerkannt, eine nach Abschluß des Prozesses z. B. vor dem Vollstreckungsgericht zwecks Abwendung des Offenbarungseids getroffene Vereinbarung von Ratenzahlungen niemals Vollstreckungstitel.[16]) Sollte aus einem derartigen Vergleich vollstreckt worden sein, so wäre das Verfahren nichtig, der Schuldner könnte auch nach Schluß der Vollstreckungsinstanz, wenn ihm die Klage aus § 767 nicht mehr zusteht, Feststellungsklage auf Nichtigkeitserklärung erheben. Sein Interesse ergibt sich in erhöhtem Grade daraus, daß der Gläubiger ja noch den eigentlichen Titel, der das Erkenntnisverfahren beendet hat, besitzt und aus diesem noch vollstrecken lassen könnte.

Die wesentlichen Erfordernisse der vollstreckbaren Urkunde sind bereits oben dargestellt, für sie sowohl wie für die sonstigen Titel läßt sich nach dem bisher über Urteile und Vergleiche Gesagten unschwer ermitteln, wann die Urkunde des Charakters eines Vollstreckungstitels überhaupt entbehrt, wann also die Nichtigkeit des etwa dennoch eingeleiteten Vollstreckungsverfahrens anzunehmen ist. Es ist nur noch darauf hinzuweisen, daß hier besonders streng auf die Einhaltung der vorgeschriebenen Formen geachtet werden muß, weil der Schuldgrund nicht angegeben zu werden braucht, sich also der Kognition der mitwirkenden Behörde entziehen kann.

§ 6.

2. Die Subjekte des Vollstreckungsanspruchs.

I. Der Staat als Träger der Zwangsgewalt. Das dem Zwangsvollstreckungsbegehren gegenüber zum Handeln verpflichtete Subjekt ist der Staat, und zwar der einzelne Bundes-

[15]) Vgl. die Nachweise bei Wolf 219 und in den Kommentaren zu § 797.
[16]) Wolf 173 f.

Digitized by Google

staat, in dessen Gebiet der Zwang ausgeübt werden soll. Da aber die Zwangsvollstreckung reichsgesetzlich geregelt ist, so bedarf es zur Vollstreckung eines Urteils des einen Bundesstaats im Gebiete des anderen nicht erst eines Ersuchens um Rechtshilfe (§ 161 GVG.). Das gleiche gilt für alle diejenigen Titel, die in der ZPO. selbst oder in anderen Reichsgesetzen enthalten sind. Dagegen können die nach § 801 zugelassenen landesgesetzlichen Titel unmittelbar nur in dem Bundesstaate zur Vollstreckung gelangen, in dem sie durch Landesgesetz errichtet sind. Zur Vollstreckung in den übrigen Bundesstaaten hingegen bedürfen diese Titel der Rechtshilfe gemäß §§ 157 ff. GVG., § 12 RG. vom 21. Juni 1869.[1]) Jedoch erstreckt sich die staatliche Zwangsgewalt auch nur soweit, als überhaupt die Staatsgewalt reicht, also nur auf das Inland. Lediglich im Bezirke deutscher Gerichte können Vollstreckungshandlungen vorgenommen werden (§§ 764 Abs. 2, 802). Eine Vollstreckung im Auslande hat der Gläubiger in der Regel von den zuständigen ausländischen Behörden nach dem für diese geltenden Rechte direkt zu erbitten, nur ausnahmsweise in den Grenzen des § 791 kann er sich dazu der Vermittelung — aber auch nur dieser — des inländischen Prozeßgerichts bedienen.

In dieser Begrenzung der staatlichen Zwangsmacht durch die Grenzen des Reiches liegt ebenfalls ein Unterschied zwischen dem Vollstreckungsanspruch und dem materiellen Rechte. Trotzdem nach materiellem Rechte eine Leistungspflicht besteht, kann doch, sobald der Schuldner unter Mitnahme seines Vermögens sich ins Ausland begeben hat, der Anspruch auf Vollstreckung an der Unmöglichkeit der Erfüllung von seiten der inländischen Staatsbehörden scheitern. Eine ähnliche Rechtslage, bei der man gleichfalls von einer Unmöglichkeit der Erfüllung durch den Staat sprechen kann, findet sich bei den Pfändungsverboten der §§ 811, 850 wieder, nur daß diese letzteren auf objektivem, die hier vorliegende aber auf subjektivem Unvermögen beruht.

II. Gläubiger und Schuldner. Für den Inhalt des Vollstreckungsanspruchs ist in subjektiver Hinsicht weiter maßgebend, wer die Zwangsgewalt des Staates in Anspruch zu nehmen be-

[1]) Vgl. die Kommentare, Wach, Handb. 250 f., Planck 2, 636, Falkmann 9, RG. 35, 360, LG. Leipzig, SächsArch. 6, 234.

Digitized by Google

rechtigt und wer sie zu dulden verpflichtet ist, nach dem Sprachgebrauche der ZPO. Gläubiger und Schuldner. Der Regel nach und in erster Linie entscheidet hierüber die Angabe, die im Vollstreckungstitel enthalten ist. Hinsichtlich der Person des Verpflichteten entstehen für die gesetzliche Regelung dann besondere Schwierigkeiten, wenn nach materiellem Rechte ein Vermögen der Berechtigung mehrerer Personen untersteht. Es sind dann 2 Möglichkeiten gegeben: entweder wird gegen jeden der mehreren Berechtigten ein besonderer Titel verlangt und damit jeder einzelne persönlich für das formelle Verfahren zum Vollstreckungsschuldner gemacht oder es genügt ein einziger Titel, um gleichzeitig die Anteilsrechte sämtlicher Beteiligten der Vollstreckung zu unterwerfen. In der ZPO. findet sich beides nebeneinander. Der erstere Modus tritt ein in den Fällen der §§ 736, 737, 739, 743, 747, 748 Abs. 2. Der zweite Weg ist gewählt bei der Zwangsvollstreckung in Vereinsvermögen, Gesamtgut, Erwerbsgeschäft einer Ehefrau, Kindesvermögen und Nachlaß unter Testamentsvollstreckerverwaltung (§§ 735, 740, 741, 746, 748 Abs. 1). Ein näheres Eingehen auf diese Vorschriften im einzelnen liegt außerhalb des Zweckes der vorliegenden Darstellung, es kann vielmehr an dieser Stelle[2]) nur im allgemeinen auf die verschiedene formelle Behandlungsweise hingewiesen werden, sachlich handelt es sich in beiden Fällen um die gleiche Frage, daß an einer Trennung der materiellen Befugnisse in bezug auf eine einheitliche Vermögensmasse nicht die einheitliche Wirkung des Vollstreckungsrechts scheitern soll. Ebenso kann von einer speziellen Darstellung der Fälle abgesehen werden, in denen andere Personen, als die im Titel selbst genannten, berechtigt und verpflichtet sind. Es sind dies vor allem die Rechtsnachfolger, soweit die Wirkung der Rechtskraft sich für oder gegen sie erstreckt (§ 727). Ohne Rechtsnachfolge tritt auf der Aktivseite der Überweisungsgläubiger ein (§ 836), auf der Passivseite der Übernehmer eines Vermögens oder eines Handelsgeschäfts (§ 729) und endlich sowohl aktiv als passiv Nacherbe und

[2]) Wie in den Fällen der zweiten Art das formelle Vorgehen der Vollstreckungsbeamten gegenüber denjenigen Personen, die nicht im Titel genannt, aber trotzdem der Vollstreckung unterworfen sind, sich zu gestalten hat, darüber vgl. unten § 25.

Digitized by Google

Testamentsvollstrecker (§§ 728, 749). Ferner tritt ein Subjektwechsel ein in den Fällen der §§ 738, 742, 744 und 745 Abs. 2. In allen Fällen muß vor dem Beginne der Zwangsvollstreckung der Wechsel der Person festgestellt sein und in der Vollstreckungsklausel besonders zum Ausdrucke kommen. Denn die Vollstreckung darf nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen welche sie erfolgen soll, entweder im Titel oder in der Klausel namentlich bezeichnet sind (§ 750). Ist diese formelle Bedingung nicht erfüllt, so tritt, wie später ausführlich dargelegt werden wird, Nichtigkeit der trotzdem eingeleiteten Vollstreckung ein.

III. Rechtsfolgen bei Mängeln hinsichtlich der Subjekte. Weil aber diese formelle Seite nicht zu trennen ist von der Frage, wer sachlich berechtigt oder verpflichtet ist, und weil in gleicher Weise die Prüfung der Frage, ob die inländische Staatsgewalt dem Anspruch auf Zwangsanwendung genügen muß, in der Prüfung der formellen Fragen nach der Zulässigkeit des Rechtswegs und nach der Zuständigkeit aufgeht, so kann auch in diesen Beziehungen, ebenso wie es sich bereits oben bei den nicht unterschriebenen Urteilen gezeigt hat, nur eine einheitliche Folge des Mangels eintreten, also die durch den formellen Verstoß bedingte Nichtigkeit. Dennoch tritt auch hier in einem Punkte die grundsätzliche Verschiedenheit von sachlicher Bedingung und formeller Bedingung, von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit deutlich hervor. Wenn nämlich gegen den im Titel genannten Schuldner vollstreckt wird, während in Wahrheit nicht mehr dieser, sondern sein Rechtsnachfolger der Verpflichtete ist, oder umgekehrt, wenn der in der Klausel Bezeichnete nicht Rechtsnachfolger geworden, sondern Vollstreckungsschuldner nach wie vor die im Titel aufgeführte Person geblieben ist, so ist die Vollstreckung zwar formell korrekt, sachlich aber ungerechtfertigt und unzutreffend. Dann tritt aber auch nicht Nichtigkeit ein, sondern nur Anfechtbarkeit, der als Schuldner mit der Vollstreckung Belegte muß im ersten Falle die Beendigung seiner Haftung, im zweiten den Nichteintritt der Rechtsnachfolge, in jedem Falle also den Mangel seiner Passivlegitimation durch Anfechtung der Vollstreckung zur Geltung bringen. Die Anfechtung kann in beiden Fällen nach § 732 erfolgen, denn sie stützt sich gerade darauf, daß die Erteilung der Vollstreckungsklausel gegen diesen Schuldner

Digitized by Google

unzulässig gewesen sei. Im ersten Falle kann daneben noch der Weg der Vollstreckungsgegenklage gegeben sein, wenn der Übergang der Verpflichtung erst nach dem Schlusse der mündlichen Verhandlung erfolgt ist. Für den zweiten Fall ist außer der formlosen Einwendung aus § 732 ebenfalls eine besondere Klage zugelassen, die des § 768, mit Rücksicht darauf, daß es sich um einen materiellen Streitpunkt handelt. Ausgeschlossen dagegen ist die Möglichkeit, gemäß § 766 eine Erinnerung beim Vollstreckungsgerichte zu erheben. Zwar bezieht sich § 766 nicht nur auf die formelle Seite der Vollstreckung, sondern es können auch sachliche Mängel auf diesem Wege gerügt werden, wie sich noch zeigen wird, aber da die Vollstreckungsklausel nicht von den eigentlichen Vollstreckungsorganen und nicht innerhalb des Vollstreckungsverfahrens selbst, sondern vor dessen Beginne erteilt wird, so ist auch die Nachprüfung über die Zulässigkeit oder Richtigkeit der Klausel nicht dem Vollstreckungs-, sondern ausschließlich dem Prozeßgericht übertragen. Da sowohl die Einwendung nach § 732 als auch die Klagen aus den §§ 767, 768 nur erhoben werden können, sofern die Vollstreckung noch nicht beendigt ist, so ist auch nur so lange Raum für die Anfechtung der Klausel wegen unrichtiger Bezeichnung der Person des Schuldners. Erfolgt eine Anfechtung nicht, sei es, daß der dazu Berechtigte sie wegen der Beendigung des Vollstreckungsverfahrens nicht mehr geltend machen kann, sei es, daß er sie nicht mehr geltend machen will, sondern trotz des Mangels mit der Vollstreckung einverstanden ist, so ist die Pfändung wirksam erfolgt und es kann der Gläubiger nicht nachträglich noch wegen des Mangels auf Rückgabe des Erlöses in Anspruch genommen werden. Es ist vielmehr Sache des im Titel genannten Schuldners, die veränderte Rechtslage rechtzeitig geltend zu machen und die Erteilung der unrichtigen Klausel zu verhüten. Hat er dies verabsäumt und auch die Pfändung über sich ergehen lassen, so kann er lediglich von seinem Rechtsnachfolger, als dem eigentlich Verpflichteten, die Bereicherung verlangen. Der Gläubiger würde nur in dem Falle, wenn er die Rechtsnachfolge gekannt und dolos die Umschreibung der Klausel unterlassen hätte, auf Schadensersatz haftbar gemacht werden können (§ 823 BGB.). Man könnte zwar noch an die Möglichkeit denken, daß der Gläubi-

Digitized by Google

ger, nachdem er zuerst bei dem im Titel genannten, aber in Wahrheit nicht mehr zur Leistung verpflichteten Schuldner ohne dessen Widerspruch hat pfänden lassen, dann doch noch gegen den Rechtsnachfolger eine vollstreckbare Ausfertigung erwirkt — § 733 würde dies zulassen — und auf diese Weise die Leistung nochmals beizutreiben versucht, und man könnte geneigt sein, dieses Ergebnis zugunsten der Nichtigkeit zu verwerten. Aber auch in solchen Fällen würde die Anfechtbarkeit durchaus genügen, der Rechtsnachfolger könnte mit Erfolg das infolge der ersten Vollstreckung eingetretene Erlöschen des materiellen Anspruchs zur Geltung bringen. Damit ist dem praktischen Bedürfnisse vollauf genügt, zumal hier noch als letztes Ausgleichungsmittel die Schadensersatzklage wegen schuldhafter Rechtsverletzung im obigen Sinne eingreifen würde. Diese Lösung ist zweifellos befriedigender, als wenn man die erste Vollstreckung für absolut nichtig erklären wollte.

II. Die sachlichen Beschränkungen.

§ 7.

1. Das Rechtsschutzbedürfnis.

Nachdem gezeigt ist, auf welcher *Grundlage* ein Vollstreckungsbegehren gegen den Staat gerichtet und zwischen welchen *Rechtssubjekten* dadurch ein Vollstreckungsverhältnis begründet werden kann, kommt als weitere sachliche Bedingung hinzu, gegen welche *Rechtsobjekte* sich die staatliche Zwangsgewalt wenden darf, welchen Umfang also der Vollstreckungsanspruch in objektiver Richtung besitzt. Da sich der Zwang gegen den Schuldner richtet zu dem Zwecke, aus seinen Mitteln einen Geldbetrag zur Befriedigung des Gläubigers zu gewinnen, so ergreift die Vollstreckung grundsätzlich das gesamte geldwerte Vermögen, welches dem Schuldner gehört, ohne daß eine bestimmte Reihenfolge vorgeschrieben ist, in der die einzelnen Vermögensstücke nacheinander und erst nach Erschöpfung der jeweils vorhergehenden Klasse in Anspruch genommen werden könnten.[1]) Dennoch aber hat die Rechtsordnung dem Vollstreckungs-

[1]) Vgl. Begründung des Entwurfes 390. Ebensowenig ist die Vollstreckungsfähigkeit auf eine bestimmte Zeit beschränkt, wie im preußischen, fran-

Digitized by Google

anspruche gewisse Grenzen gezogen, über die hinaus die staatliche Zwangsgewalt nicht zur Anwendung kommen darf. Denn da die Rechtsordnung auf einem sozialen Zusammenleben beruht, so erscheint es als Rechtsmißbrauch, wenn der Berechtigte sein Interesse schonungslos durchsetzt bis zur Vernichtung der Existenz des Verpflichteten, am wenigsten darf der Staat ein solches antisoziales Verhalten durch seine Zwangsmittel unterstützen. Der leitende Gedanke, der allen Beschränkungen des Vollstreckungsrechts zugrunde liegt, ist also der, daß ein Mißbrauch des staatlichen Zwanges vermieden werden soll. Durch diesen Gedanken wird jedoch der Begriff des Rechtsschutzanspruchs auf Vollstreckung nicht erschüttert oder beseitigt. Auch die Natur der Ansprüche des bürgerlichen Rechtes leidet nicht darunter, daß sie an sozialen Rücksichten, an „Treu und Glauben" ihre Schranke finden.

Als ein Mißbrauch des Anspruchs auf staatlichen Rechtsschutz erscheint es nun in erster Linie, wenn der mit diesem Anspruche bezweckte Erfolg bereits auf anderem Wege erreicht worden ist, die erbetene Rechtsschutzhandlung also nur zu einer zwecklosen Beeinträchtigung des Schuldners und zu einer überflüssigen Belastung der Rechtspflegetätigkeit führen müßte. Es ist der Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses,[2]) der sich nicht nur gegenüber dem Rechtsschutzanspruch auf Urteil geltend macht, sondern auch gegenüber dem Vollstreckungsanspruche, bei diesem allerdings nach dem geltenden Rechte nur in bescheidenem Umfange. Die einzige ihn betreffende Vorschrift enthält § 777. Hat der Schuldner schon freiwillig dem Gläubiger ein Pfandrecht an einer beweglichen Sache bestellt, deren Wert die Forderung deckt, ist also dem Gläubiger bereits ohne staatliches Eingreifen die Rechtsstellung eingeräumt, die ihm die Pfändung auch nur verschaffen könnte, so kann der Schuldner den Gläubiger auf dieses Pfandrecht verweisen und braucht sich eine Vollstreckung wegen derselben Leistung nicht gefallen zu lassen. Die Fassung des § 777 läßt klar erkennen, daß dem mangelnden Rechtsschutzbedürfnisse Rechnung getragen ist, der Staat will seine Hand nicht dazu bieten, dem Gläubiger einen

zösischen, badischen und hannoverschen Rechte. Vgl. die Begründung des Entwurfes a. a. O.

[2]) Vgl. besonders Stein, Voraussetzungen des Rechtsschutzes 79.

Digitized by Google

weitergehenden Schutz zu verschaffen, als er zu seiner Befriedigung bedarf. Es handelt sich nicht, wie im früheren Rechte[3]), um eine materielle Einrede, um das beneficium excussionis realis, der materielle Anspruch bleibt vielmehr auch trotz der Pfandbestellung bestehen und eine Vollstreckungsgegenklage wäre nicht zulässig. Gerade deshalb ist in § 777 eine besondere Vorschrift gegeben, um dem Schuldner die Möglichkeit zu verschaffen, sich der mißbräuchlichen Benutzung des öffentlich-rechtlichen Vollstreckungsanspruchs von seiten des schon hinreichend gesicherten Gläubigers zu erwehren.[4]) Mit dem früheren beneficium excussionis teilt das Recht des § 777 jedoch die Eigenschaft, daß es nur einredeweise berücksichtigt wird, nur dann, wenn der Schuldner sich darauf beruft. Daraus erhellt zugleich, daß es sich hier in der Tat um eine sachliche Beschränkung, nicht um eine formelle Voraussetzung handelt. Denn der Gerichtsvollzieher darf, wenn er formell richtig vorgeht, durch die Behauptung des Schuldners, daß er dem Gläubiger bereits freiwillig ein ausreichendes Pfand bestellt habe, sich von der Vornahme der Vollstreckung nicht abhalten lassen und darf nicht selbständig über den auf § 777 gestützten Widerspruch entscheiden,[5]) sondern der Schuldner hat sich mit dieser Einwendung gemäß § 766 an das Vollstreckungsgericht zu wenden und dieses hat gegebenenfalls die Aufhebung der Pfändung anzuordnen. Solange ein solcher Aufhebungsbeschluß aber nicht ergangen ist, besteht die Pfändung formell zu Recht[6]) und der Schuldner würde sich nach §§ 136, 137 StGB. strafbar machen, wenn er vor der Entscheidung über seinen Einwand eigenmächtig die Pfandzeichen entfernt oder die Pfandsache zerstört. Damit ist bereits ausgedrückt, daß von einer Nichtigkeit der Pfändung nicht die Rede sein kann, die der Gläubiger trotz eines ihm gewährten Faustpfandes vornehmen läßt. Man könnte auch deshalb nicht zu der Annahme

---

[3]) ALR. I. 20 § 46, RG. 25, 362.

[4]) Insofern zutreffend auch Voß in JW. 26, 462: „Es ist ein Mißbrauch der dem Gläubiger titelmäßig zustehenden Freiheit, welche der Schuldner rügt." Seine sonstigen Ausführungen gehen aber durchweg fehl.

[5]) So auch Gaupp-Stein und Petersen-Anger zu § 777.

[6]) Vorausgesetzt natürlich, daß die formellen Bedingungen sämtlich erfüllt sind. Es ist dies stets bei der Hervorhebung des Gegensatzes zu ergänzen.

Digitized by Google

einer absoluten Nichtigkeit gelangen, weil die Frage, ob das Faustpfand auch wirklich zur Deckung der Forderung genügt, sich doch immer nur relativ beantworten läßt. Ferner kann ein solch reines Internum zwischen Gläubiger und Schuldner, wie es die Einräumung eines Vertragspfandrechts ist, nicht jedem Dritten das Recht geben, das dennoch im Vollstreckungswege erlangte Pfandrecht als nichtig, als rechtlich gar nicht vorhanden zu betrachten. Es geht dies auch unmittelbar aus der Fassung des § 777 hervor, wonach „der Schuldner" der Vollstreckung „widersprechen" kann. Denn wäre die Vollstreckung ohne weiteres nichtig, so würde es nicht erst eines Widerspruchs bedürfen, um ihre Wirkungen zu beseitigen, und könnte jeder Dritte sich auf § 777 berufen, so würde nicht der Schuldner als zum Widerspruche berechtigt ausdrücklich genannt sein. Diese mit Absicht gewählte Form der gesetzlichen Regelung läßt also keinen anderen Schluß zu, als den, daß eine entgegen § 777 vollzogene Pfändung lediglich anfechtbar und anfechtungsberechtigt nur der Schuldner ist. Für § 777 wird diese Folgerung wohl kaum bestritten werden, erkennt man sie aber hier an, so muß man sie auch für den Fall gelten lassen, daß dem Schuldner nicht gehörige Sachen gepfändet worden sind, denn für diesen Fall sieht das Gesetz in gleicher Weise einen Widerspruch gegen die Vollstreckung vor und bestimmt genau den zum Widerspruch Berechtigten. Es mag bei der Wichtigkeit dieses letzterwähnten Falles schon hier darauf aufmerksam gemacht werden.

Erklärt sonach das Gesetz die Vollstreckung nur dann für unzulässig, wenn der Schuldner ihr widerspricht, so liegt darin gleichzeitig die weitere Folge, daß, wenn kein Widerspruch erfolgt, die Vollstreckung wirksam ist und bleibt.[7]) Innerhalb welcher Frist der Widerspruch erhoben werden muß, ist ebenfalls unmittelbar aus § 777 zu entnehmen, nur so lange nämlich, als der dazu bestimmte Weg des § 766 offensteht, also nur bis zur Beendigung

[7]) Es liegt also ganz im Belieben des Schuldners, ob er die Pfändung geschehen lassen will oder nicht. Deshalb ist auch ein im voraus erklärter Verzicht des Schuldners auf den Einwand des § 777 nicht ausgeschlossen. Vgl. Gaupp-Stein und Petersen-Anger. Umgekehrt kann selbstredend auch der Gläubiger auf das frühere Pfandrecht verzichten und damit die Berufung auf § 777 vereiteln.

Digitized by Google

des Vollstreckungsverfahrens. In der letzteren Hinsicht bietet § 777 ebenfalls eine wertvolle Analogie für den späteren Fall der Pfändung einer fremden Sache, denn auch für diesen Fall ist, gleich § 766, in § 771 ein lediglich innerhalb des Vollstreckungsverfahrens gangbarer Weg vorgeschrieben.

Leider ist, wie schon bemerkt wurde, der Mangel des Rechtsschutzbedürfnisses jedoch nur in dem engen Rahmen des § 777 anerkannt und eine analoge Ausdehnung dieser Vorschrift erscheint zwar de lege ferenda als wünschenswert, de lege lata aber als unmöglich. Namentlich ist es nicht zulässig, daß der Schuldner den Gläubiger an einen hinterlegten Betrag verweist, an dem die Hinterlegungsstelle Eigentum erworben hat, mag diese Summe auch die beizutreibende Forderung voll decken.[8]) Die „Tendenz des Gesetzes"[9]) genügt nicht, um diese Folgerung zuzulassen, welche sowohl mit dem Wortlaute des § 777, als auch mit der Ausnahmestellung dieser Vorschrift unvereinbar ist.

§ 8.

2. Das Verbot der Überpfändung.

Dagegen offenbart sich der im § 777 zum Ausdrucke gekommene Gedanke des Gesetzes, daß der Gläubiger nicht mehr erhalten soll, als zur Deckung seiner Forderung notwendig ist, auch in der Bestimmung des § 803 Abs. 1 S. 2, welche die sog. „Überpfändung" verbietet. In dieser liegt ebenfalls ein Mißbrauch bei der Anwendung des staatlichen Zwanges, zwar nicht darin, daß überhaupt Zwang angewendet wird, aber doch darin, daß dies im Übermaße geschehen ist. Auch dieses Verbot richtet sich nicht gegen die formelle Tätigkeit der Vollstreckungsbehörden, sondern es beschränkt den sachlichen Umfang des Vollstreckungsschutzes. Es ist deshalb irreführend, wenn überwiegend[1]) diese Vorschrift als „instruktionell" bezeichnet wird, wenigstens insofern irreführend, als man danach annehmen müßte, es handelte sich lediglich um eine Instruktion an die Vollstreckungsorgane über die Art ihres for-

[8]) So auch Gaupp-Stein und Petersen-Anger.

[9]) Wie Seuffert will.

[1]) Nur Richter (164) spricht von sachlicher Beschränkung.

Digitized by Google

mellen Vorgehens. Koffka[2]) bezeichnet sogar ausdrücklich eine dem § 803 zuwider übermäßig ausgedehnte Pfändung als ein „formell falsches Verfahren", während er doch eine auf Unpfändbarkeit nach § 811 gestützte Einwendung nicht für formell hält, beides aber zweifellos gleichmäßig behandelt werden muß. Gewiß haben die Vollstreckungsorgane das Verbot des § 803 zu beachten, aber daraus folgt noch keineswegs, daß es sich um eine reine Verfahrensvorschrift handelt. Hat z. B. der Gerichtsvollzieher mehr Sachen gepfändet, als zur Befriedigung des Gläubigers erforderlich war, hat er aber bei dieser Pfändung die äußerlich korrekte Form innegehalten, so ist sein formelles Vorgehen ebensowenig zu beanstanden, wie das des Prozeßrichters, der ein äußerlich den gesetzlichen Formvorschriften entsprechendes Urteil erlassen, dem Kläger aber mehr zugesprochen hat, als dieser zu beanspruchen hatte. Hier wie dort liegt lediglich eine Überschreitung der für den Rechtsschutz sachlich gezogenen Grenzen vor. Und wie der Rechtsschutzanspruch des Klägers auf Verurteilung des Beklagten der Sache nach beschränkt wird durch die Höhe seiner Forderung, so findet auch der Anspruch des Gläubigers auf Vollstreckung in das Vermögen des Schuldners seine Begrenzung in der Höhe der im Titel enthaltenen Summe.

Daß auch bei der Übertretung dieses Verbots nicht absolute Nichtigkeit der Pfändung eintreten kann, sondern nur eine Anfechtbarkeit von seiten des Schuldners, dafür sprechen außer der zwischen den §§ 803 und 777 bestehenden Rechtsähnlichkeit mehrere Gründe. Einmal ist die Beurteilung des Wertes der zu pfändenden Gegenstände meist sehr schwierig und die oberflächliche Schätzung des Gerichtsvollziehers bietet nur eine höchst unsichere und schwankende Grundlage, zumal in Betracht gezogen werden muß, daß bei einer öffentlichen Versteigerung erfahrungsgemäß der Erlös bei weitem nicht den reellen Wert zu erreichen pflegt. Schon diese rein relative Größe der Wertsberechnung läßt also die Annahme einer absoluten Nichtigkeit als ausgeschlossen erscheinen. Sodann aber fällt namentlich hier die Rücksichtnahme auf eine mögliche Schädigung konkurrierender Gläubiger gänzlich fort. Denn entweder erfolgt

[2]) Magazin für das deutsche Recht der Gegenwart 7, 211.

Digitized by Google

die Vollstreckung durch einen anderen Gläubiger noch vor der Versteigerung, dann bietet die Anschlußpfändung hinreichende Gelegenheit, aus dem überschießenden Erlöse unmittelbar Befriedigung zu erhalten, oder aber der zweite Gläubiger vollstreckt erst nach der Versteigerung, dann kann er sich an den dem Schuldner zurückgegebenen Mehrerlös halten, und sollte der Schuldner diesen schon für sich verbraucht haben, so ist doch der erste Gläubiger dafür nicht verantwortlich zu machen. Ein Interesse an der Vermeidung übermäßiger Pfändung hat also in der Tat nur der Schuldner, da für ihn durch eine unnötige Versteigerung Vermögenswerte unrettbar verloren gehen. Analog § 777 hat er den Widerspruch gegen eine solche Vollstreckung im Wege der Erinnerung gemäß § 766 geltend zu machen und muß dies bis zur Beendigung des Vollstreckungsverfahrens getan haben, wenn er seines Anfechtungsrechts nicht verlustig gehen will. Durch den Nichtgebrauch des Rechtsbehelfs wird die Pfändung vollwirksam. Es genügt, in all diesen Beziehungen auf die Ausführungen zu § 777 zu verweisen, bei dem die rechtliche Lage genau die gleiche ist.

Mit diesem Ergebnisse stimmt auch die herrschende Meinung durchaus überein, freilich nicht mit der hier gegebenen Begründung, sondern fast allgemein nur deshalb, weil man, wie schon bemerkt, im § 803 eine „nur instruktionelle" Vorschrift zu finden glaubt,[3]) also eine Soll-Vorschrift, die im Gegensatze zu den Muß-Vorschriften nicht zur Nichtigkeit führen könne.

§ 9.

3. Das Verbot der zwecklosen Pfändung.

Im Anschluß an § 803 Abs. 1 enthält Abs. 2 die Bestimmung, daß die Pfändung zu unterbleiben hat, wenn sich von der Verwertung der zu pfändenden Gegenstände ein Überschuß über die

[3]) Vgl. die Kommentare, ferner Planck 2, 723, Hellmann, Lehrb. 848, Richter a. a. O., Kuttner, ZZP. 19, 463, Burlage, ZZP. 23, 253, Haberstumpf, Die Pfändungsbeschränkungen nach gemeinem und bayerischem Rechte (Erlanger Dissertation 1894), 34, OLG. Karlsruhe, SeuffA. 40 Nr. 328. — Hellwig, Verpfändung und Pfändung von Forderungen 121, spricht nur von „unzulässig" und „unstatthaft", ohne zu erkennen zu geben, ob damit „anfechtbar" oder „nichtig" gemeint ist.

Digitized by Google

Kosten der Zwangsvollstreckung nicht erwarten läßt. Auch diese Vorschrift dient dem gleichen Zwecke wie § 777 und § 803 Abs. 1, auch sie soll eine mißbräuchliche Anwendung des staatlichen Zwanges verhüten. Denn als ein Mißbrauch erscheint es der auf sozialen Ausgleich hinzielenden Rechtsordnung, wenn eine Zwangsvollstreckung lediglich das Ergebnis haben kann, den Schuldner zu schädigen, ohne dem Gläubiger den geringsten Nutzen zu bringen. Jeder Zwangseingriff schädigt zwar den Schuldner, zumal der Zwangsverkauf fast stets zu einem Erlös unter dem wahren Werte führt, aber er verschafft der Regel nach doch wenigstens dem Gläubiger, der das Recht auf seiner Seite hat, den ihm gebührenden Vorteil. Fällt aber dieser fort, würde die Pfändung kaum zur Kostendeckung führen und der Gläubiger leer ausgehen, so würde der Erfolg einer solchen Pfändung in der Tat nur darauf hinauslaufen, daß dem Schuldner durch die Wegnahme von objektiv geringwertigen, für ihn allein dagegen noch wertvollen Gegenständen ein nicht zu ersetzender Nachteil[1]) erwachsen müßte. Die Rücksicht auf das allgemeine Interesse läßt es nicht zu, daß der Staat zu einem Vorgehen seine Hand bietet, das nur im Vermögen des einen Werte vernichtet, dem Vermögen des anderen aber keinen Gegenwert zuführt. Zutreffend ist daher die auf diesen Erwägungen beruhende Vorschrift des § 803 Abs. 2 als das Verbot der zwecklosen Pfändung bezeichnet worden.[2])

Aus dem Grundgedanken der Vermeidung einer zwecklosen und deshalb mißbräuchlichen Zwangsanwendung ergibt sich ohne weiteres, daß auch diese Bestimmung eine sachliche Beschränkung des Rechtes auf Vollstreckung darstellt und nicht, wie Richard Schmidt früher meinte,[3]) eine Prozeßvoraussetzung eigener Art. Diese Auffassung verkannte den grundlegenden Unterschied zwischen den sachlichen und den formellen Beschränkungen. Denn trotz Vorliegens der ersteren ist dennoch das Verfahren zu eröffnen, der Gerichtsvollzieher hat

[1]) Vgl. § 712, der dieselbe gesetzgeberische Tendenz zum Ausdruck bringt.

[2]) So von Gaupp-Stein (zu § 803).

[3]) Lehrbuch (1) 829. Richtiger hätte er übrigens, wenn es sich überhaupt um eine Vorschrift formeller Natur handelte, von Prozeßhindernis sprechen müssen. Jetzt aber (2) 929 spricht er in Übereinstimmung mit der oben vorgetragenen Auffassung von dem „Verbot der nutzlosen Pfändung".

Digitized by Google

also den Auftrag anzunehmen und sich behufs Vornahme der Vollstreckung zum Schuldner zu begeben. Erst dann, wenn er dort die im Besitze des Schuldners befindlichen Gegenstände vor sich sieht, ist er überhaupt in der Lage, das Vorhandensein einer sachlichen Beschränkung zu prüfen und eventuell festzustellen, oder aber es erfolgt diese Prüfung sogar noch später, erst wenn das Vollstreckungsgericht angerufen worden ist. In jedem Falle ist das Ergebnis dann dieses, daß das Verfahren formell eröffnet, sachlich aber ergebnislos gewesen ist, es erweist sich demnach der Vollstreckungsauftrag als undurchführbar. Die Wirkung einer formellen Beschränkung dagegen ist, daß das Verfahren überhaupt nicht eröffnet werden darf und der Gerichtsvollzieher die Übernahme des Auftrags von vornherein ablehnen muß, ohne sich auf eine sachliche Prüfung irgendwie einzulassen, es erweist sich also der Vollstreckungsauftrag ohne Rücksicht auf seine Durchführbarkeit als unzulässig. Indem nun § 803 Abs. 2 ausdrücklich von den „zu pfändenden" Gegenständen spricht, setzt er damit die formell zulässige Übernahme eines Pfändungsauftrags voraus und beschränkt nur die sonst mögliche Durchführung der Pfändung gegenüber einem geringwertigen Schuldnervermögen. Die Vorschrift steht durchaus auf gleicher Stufe mit der des § 107 KO.[4]) Auch die Nichteröffnung des Konkurses wegen mangelnder Kostendeckung setzt eine sachliche Prüfung über den Umfang und Wert des Schuldnervermögens voraus, wobei einerseits die Absonderungsrechte, andererseits das der Masse durch Anfechtung möglicherweise wieder zurückführbare Vermögen in Betracht gezogen werden muß,[5]) und ehe diese Prüfung erfolgt, müssen zunächst die formellen Erfordernisse des § 105 KO. — Glaubhaftmachung der Forderung und der Zahlungsunfähigkeit — als vorhanden festgestellt sein. Fehlt es jedoch an einer von diesen letzteren Voraussetzungen, so ist der Antrag auf Konkurseröffnung ohne weitere Prüfung als „unzulässig" zurückzuweisen.[6]) Auch der Konkurs, die Generalvollstreckung, weist also dieselbe charakteristische Trennung auf: 1. formelle Prüfung

[4]) Vgl. noch §§ 1982, 1988 Abs. 2 BGB. (Nachlaßkonkurs und -Verwaltung).

[5]) Vgl. Jaeger KO. (2) Anm. 1 zu § 107.

[6]) Vgl. denselben Anm. 1 zu § 105.

Digitized by Google

über die Zulassung des Antrags und 2. sachliche Prüfung über die Durchführbarkeit des Antrags.

Die gleichen Erwägungen, die bei § 803 Abs. 1 gegen die Annahme der Nichtigkeit und für die Gewährung des Anfechtungsrechts an den Schuldner sprechen, greifen auch gegenüber Abs. 2 Platz und auch hier erfreut sich dieses Ergebnis allseitiger Zustimmung.[7]) Insbesondere steht beim Verbote der zwecklosen Pfändung ebenfalls die Frage nach dem Werte der zu pfändenden Gegenstände im Vordergrunde und die in das Ermessen des Vollstreckungsorgans[8]) gestellte Entscheidung hierüber kann unmöglich eine absolute Sicherheit gewähren, wie sie für die schwerwiegende Folge der Nichtigkeit unerläßlich wäre. Auch der Gesichtspunkt macht sich in gleicher Weise geltend, daß die Nichtbeachtung des Verbots lediglich für den Schuldner, nicht aber für Dritte, eine Schädigung herbeiführen kann, daß also nur der Schuldner ein Interesse daran hat, den Eintritt des Schadens zu hindern. Zur Wahrnehmung seiner Rechte und zur Geltendmachung der Anfechtung dient ebenfalls der Weg des § 766, die Erinnerung beim Vollstreckungsgericht. Auch dies ist allgemein anerkannt und unbestritten.

4. Die Pfändungsverbote der §§ 811 f., 850 ff.

§ 10.

a) Die Pfändungsverbote als sachliche Beschränkungen der Zwangsvollstreckung.

Durch die bisher dargestellten Fälle von sachlichen Vollstreckungsbeschränkungen ist auch der Weg gewiesen für die richtige Erkenntnis und Behandlung der sog. Pfändungsverbote, also der Vorschriften der §§ 811 f., 850 ff., nach denen gewisse bewegliche Sachen und gewisse Forderungen der Pfändung nicht unterworfen sind. Der leitende Gedanke, der bei der Aufstellung dieser Bestimmungen maßgebend gewesen ist, ist genau der gleiche, der bei

[7]) Vgl. die Kommentare, Planck 2, 723, Heilbut, ArchZivPrax. 69, 408, RG. in JW. 95, 600[16]. Allerdings ist auch hier meist nur von einer „instruktionellen" Vorschrift die Rede.

[8]) Planck und RG. a. a. O. — § 107 KO. spricht ausdrücklich vom Ermessen des Gerichts.

Digitized by Google

allen sachlichen Beschränkungen schon hervorgetreten ist, es soll ein Mißbrauch in der Anwendung der staatlichen Zwangsgewalt vermieden werden. Die soziale Tendenz der Rechtsordnung tritt hier ganz besonders zutage, das allgemeine Interesse an der Aufrechterhaltung möglichst zahlreicher wirtschaftlich selbständiger Existenzen läßt das Interesse des einzelnen an der Durchsetzung seines formellen Rechtes nicht zu einer schrankenlosen Entfaltung kommen. Der Zwang soll nicht in äußerster Konsequenz soweit ausgedehnt werden, daß dem Schuldner sein letztes Hemd und sein letztes Bett genommen wird. Vielmehr soll ihm die Möglichkeit zur Fortführung seiner Wirtschaft und zur Fortführung seiner Berufsarbeit verbleiben, damit ihm auf diese Weise Gelegenheit gegeben wird, seinen Verpflichtungen gegen den Staat nachzukommen und seine Verhältnisse wieder zu ordnen, während er sonst, von allem entblößt, lediglich der Allgemeinheit zur Last fallen würde, nämlich nicht nur auf die öffentliche Armenpflege angewiesen wäre, sondern vielfach auch dem Verbrechen in die Arme getrieben werden würde. Dieser Gedanke, den Schuldner vor völliger Vernichtung zu bewahren und ihm ein weiteres, wenn auch noch so bescheidenes Fortkommen zu ermöglichen, war nur dem ältesten Rechte fremd, dem Rechte, das nicht einmal vor der körperlichen Unversehrtheit des Schuldners Halt machte,[1]) er hat sich aber im Laufe der Rechtsentwickelung in immer weiterem Umfange Bahn gebrochen. Das geltende Recht ist sogar in einem solchen Maße von ihm beeinflußt, daß nicht mit Unrecht Zweifel laut geworden sind,[2]) ob diese ausgedehnte Rücksichtnahme auf den Schuldner wirklich noch im allgemeinen Interesse liegt, ob sie nicht vielmehr zu einer unbilligen Härte gegen den Gläubiger führen muß, der selbst in ungünstigen Verhältnissen lebt und dessen Fortkommen durch die Unmöglichkeit, seine Außenstände zwangsweise beizutreiben, doch wesentlich erschwert wird. Aber wenn sie auch hier und da über das Ziel hinausgehen mag, die Tendenz des Gesetzes ist doch ganz unverkennbar darauf gerichtet, den Umfang der Pfändbarkeit nach allgemeinen wirtschaftlichen Gesichtspunkten einzuschränken.

[1]) Das berühmte „in partes secanto" der XII Tafeln.

[2]) Vgl. Gaupp-Stein § 311 I, sowie die bei den Kommissionsberatungen zur Novelle von 1898 aufgetauchten Bedenken. Prot. 188, 189, 198.

Digitized by Google

Dieser sichtbarlich zutage tretende Gedanke, daß dem auf das gesamte Schuldnervermögen gerichteten Vollstreckungsbegehren nicht schrankenlos entsprochen wird, sondern nur so weit, als nicht allgemeine Interessen entgegenstehen, genügt für sich allein schon, um zu erkennen, daß die Pfändungsverbote eine Beschränkung des Rechtes auf Vollstreckung, des Vollstreckungsanspruchs sind. Sie sind keineswegs mit dem Begriffe des Rechtsschutzanspruchs auf Gewährung staatlicher Zwangsmittel unvereinbar, es handelt sich nicht um „Versagung" der Vollstreckung schlechthin und unbedingt.[3]) Eine solche kommt nur da in Frage, wo die Rechtsordnung jede Zwangsanwendung überhaupt ausschließt, gleichviel in welcher Form sie erfolgen könnte, z. B. bei Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens oder zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrage. Nur bei derartigen Verurteilungen ist dem Gläubiger die rechtliche Möglichkeit, die Leistung erzwingen zu lassen, versagt, bei allen anderen aber ist ihm diese Möglichkeit ausdrücklich gewährleistet und anerkannt. Auch wenn der Schuldner nur unpfändbares Vermögen besitzt, hindert diese Tatsache doch nicht, daß der Gläubiger einen Vollstreckungstitel gegen ihn erwirbt und die Vollstreckungstätigkeit des Staates gegen ihn in Bewegung setzen kann, sei es auch lediglich zu dem Zwecke, die Leistung des Offenbarungseids zu erzwingen. Der Anspruch gegen den Staat, Vollstreckungshandlungen gegen den Schuldner vorzunehmen, wird also durch die Pfändungsverbote weder in seiner Entstehung gehindert, noch seinem Untergange zugeführt. Er besteht vielmehr trotzdem weiter und zeigt sehr energische Daseinsäußerungen, sobald der Schuldner pfändbares Vermögen erwirbt. Ob der Schuldner viel oder wenig sein eigen nennt, in jedem Falle nimmt der Gläubiger mit seinem Vollstreckungsantrage die Rechtsschutztätigkeit des Staates in Anspruch. Wieweit der Rechtsschutz entfaltet werden kann, bestimmt die Rechtsordnung, die von den jeweils herrschenden Rechtsanschauungen abhängig ist. Aber die Begrenzung des Umfanges des Rechtsschutzes ist doch nicht eine Verneinung des Rechtsschutzes überhaupt und gerade die Übernahme der Vollstreckungstätigkeit allein auf den Staat machte eine

[3]) Kleinfeller, ZZP. 34, 378. Vgl. oben S. 13.

Digitized by Google

Beschränkung der Zwangsanwendung im staatlichen, im allgemeinen Interesse von selbst notwendig. Freilich ist es, wenn der Schuldner nur pfandfreies Vermögen hat, für den Staat unmöglich, dem Anspruche des Gläubigers zu genügen, ebenso wie dies unmöglich ist, wenn der Schuldner sein Vermögen im Auslande untergebracht hat. Aber eine Unmöglichkeit der Erfüllung findet sich in gleicher Weise auch bei den Ansprüchen des materiellen Rechtes, ohne daß diese dadurch ihre Eigenschaft als Ansprüche verlieren müßten. Für den Begriff des Anspruchs ist es unerheblich, ob seine Durchführbarkeit auch jederzeit möglich ist.

Überdies ist die Erscheinung, daß einem an sich begründeten Anspruche aus sozialpolitischen Rücksichten eine Schranke durch das Gesetz gezogen wird, auch in dem sonstigen Inhalte der ZPO. nicht ohne Beispiel. So kann das nach § 566 BGB. dem Vermieter zustehende Recht, die Räumung der Wohnung sofort nach Beendigung des Mietverhältnisses vom Mieter zu verlangen, gemäß § 721 ZPO. hinsichtlich des Vollstreckungsbeginns eine Einschränkung dadurch erleiden, daß im Urteil eine angemessene Frist zur Räumung bestimmt wird. Der an sich unbetagte Anspruch wird also in seiner zwangsweisen Durchführbarkeit durch die Fristsetzung gehemmt und beschränkt. Aber deshalb kann man doch nicht etwa behaupten wollen, daß dem Vermieter durch diese Vorschrift der Rechtsschutz versagt würde, sondern die Rechtsordnung gewährt den Schutz nur in einer durch die Rücksichtnahme auf allgemein soziale Interessen modifizierten Weise.[4])

Man mag aber den Begriff des Rechtsschutzanspruchs auch ganz beiseite lassen, eins werden selbst die Gegner dieser Theorie nicht bestreiten, daß es sich bei den oben erwähnten Fällen der Unmöglichkeit nur um die sachliche Durchführbarkeit von Zwangsmaßregeln handeln kann und daß die Frage nach der formellen

---

[4]) § 721 ist auch noch in anderer Hinsicht für die Betrachtung der Pfändungsverbote wertvoll. Die Fristsetzung findet nämlich nicht von Amts wegen, sondern auf Antrag des Schuldners statt, in dessen Interesse die Bestimmung erlassen ist. Der Schuldner muß also sich auf den Schutz des Gesetzes ausdrücklich berufen und dieser selbe Gedanke kehrt bei den Pfändungsverboten in der Form wieder, daß bei ihrer Verletzung nur eine Anfechtbarkeit durch die Personen eintritt, deren Schutz vom Gesetze beabsichtigt ist. Siehe unten.

Digitized by Google

Zulässigkeit davon nicht berührt wird.[5]) Der Gerichtsvollzieher darf den Vollstreckungsauftrag nicht deshalb als unzulässig ablehnen, weil der Schuldner im Inland überhaupt kein Vermögen oder nur unpfändbare Sachen besitze. Denn ob das wirklich der Fall ist, kann erst das Vollstreckungsverfahren selbst ergeben. Auch dann, wenn dem Gerichtsvollzieher infolge einer kurz zuvor für einen anderen Gläubiger versuchten Vollstreckung bekannt ist, daß pfändbare Sachen nicht vorhanden sind, muß er auch dem zweiten Auftraggeber gegenüber die Fruchtlosigkeit der Pfändung zu Protokoll feststellen, damit auch dieser letztere den Offenbarungseid gemäß § 807 verlangen kann.

Die Erkenntnis, daß es sich nicht um formelle Bedingungen handelt, ist jedoch dadurch besonders erschwert worden, daß man vielfach in den Pfändungsverboten, ebenso wie in den Verboten des § 803, eine „Instruktion" an den Vollstreckungsbeamten vor sich zu haben glaubt. Aus diesem irreführenden Gedanken heraus erklärt es sich auch nur, daß der so äußerst lebhafte Streit darüber, inwieweit diese Instruktion zwingenden Charakters sei und inwieweit ein Verzicht des Schuldners in Betracht kommen könne, zu befriedigenden Ergebnissen nicht zu führen vermocht hat. Es wird sich zeigen, daß sich diese Fragen ohne Schwierigkeit lösen lassen, wenn man mit der hier vertretenen Ansicht die Pfändungsverbote als sachliche Beschränkungen auffaßt. Daß die Vorschriften der §§ 811, 812 lediglich Anweisungen an den Gerichtsvollzieher seien, glaubt Conrad[6]) damit beweisen zu können, daß sie ihre Stellung

---

[5]) Mißverständlich im Ausdrucke Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis 123, wenn er von einer Verletzung der Ordnung des Verfahrens spricht. Gemeint ist damit aber lediglich die Verletzung einer prozessualen Vorschrift im Gegensatze zu der einer materiellrechtlichen. Daß Kohler dem Obigen zustimmt, geht daraus hervor, daß er § 811 eine „Beschränkung des Vollstreckungseingriffs durch das Gesetz" nennt und auf die Analogie zu § 803 verweist.

Vgl. Gaupp-Stein, „Begrenzung des publizistischen Anspruchs auf Vollstreckung" und Seuffert, „Beschränkung des publizistischen Vollstreckungsrechts".

[6]) Entstehungsgeschichte und Grundlage der §§ 811 und 850 RZPO. (Hallenser Dissertation 1904) 5. Jetzt aufgenommen (als II. Abteilung) in die in der Fischerschen Sammlung erschienene umfassende Arbeit Conrads, Die Pfändungsbeschränkungen zum Schutze des schwachen Schuldners (1906). Dort befindet sich die oben zitierte Stelle 313.

Digitized by Google

zwischen lauter solchen Bestimmungen hätten, die durch ihre unzweideutige Fassung darauf hinwiesen, daß sie für das Verhalten des Gerichtsvollziehers getroffen seien. Es leuchtet aber ein, daß allein aus der rein äußerlichen Stellung einer Gesetzesvorschrift ein sicherer Schluß auf die systematische Bedeutung ihres Inhalts nicht gezogen werden kann. Gewiß hat der Gerichtsvollzieher die Schranken des § 811 zu beachten, denn er muß prüfen, wieweit er die ihm vom Staate übertragene Zwangsgewalt gegen den Schuldner ausüben kann. In genau der gleichen Weise hat er aber auch zu prüfen, ob der Titel vollstreckungsfähig ist. In beiden Fällen sucht er damit jedoch nur die sachliche Bedingung festzustellen, ob die verlangte Vollstreckung in den Grenzen der staatlichen Zwangstätigkeit ausführbar ist. Am wenigsten kann die Fassung des § 812 für jene Meinung verwertet werden. Wer nur am Buchstaben hängt, mag freilich in jedem „soll" eine „bloß" instruktionelle Vorschrift sehen, vielleicht sich dafür auch auf die Motive berufen, die diesen Satz in allgemeiner Fassung aber auch nicht haben aussprechen wollen, sondern nur im Hinblick auf den einzelnen Fall.[7]) Jedenfalls hat man mit einem solchen „instruktionell" noch nichts für die Frage gewonnen, ob die so gekennzeichnete Vorschrift sich auf die sachliche Durchführbarkeit oder auf die formelle Zulässigkeit bezieht. Gerade in dieser Beziehung läßt § 812 durch die Ähnlichkeit mit § 803 Abs. 2 deutlich erkennen, daß ein Irrtum über den Wert der an sich zu pfändenden Gegenstände nicht eine Unzulässigkeit des formellen Vorgehens bedeuten kann. Das gleiche Ergebnis liefert auch eine Betrachtung des § 850. Das Vollstreckungsgericht hat zwar ebenfalls die Pfändungsverbote zu berücksichtigen und das Vollstreckungsgesuch nach dieser Richtung hin einer Prüfung zu unterziehen. Aber praktisch wird diese Prüfung meist unmöglich sein, denn aus dem Antrage des Gläubigers selbst wird die Unpfändbarkeit sich nur in den seltensten Fällen ersehen lassen und eine andere Unterlage für die Prüfung steht dem Gerichte nicht zu Gebote, um so weniger, als die Anhörung des Schuldners, an die vielleicht zunächst zu denken wäre, durch § 834 ausdrücklich verboten ist. Es wird aber doch niemand

[7]) Zu § 4 des Entwurfes (bezieht sich auf die verschiedenen Bestandteile der Schriftsätze).

Digitized by Google

behaupten wollen, daß das Verfahren des Vollstreckungsgerichts, das ohne die Möglichkeit einer Prüfung die Pfändung einer pfandfreien Forderung angeordnet hat, deshalb formell inkorrekt und unzulässig gewesen wäre, vielmehr wird man nur sagen können und sagen müssen, daß der Pfändungsbeschluß sachlich unberechtigt war, nicht anders, als wenn ein Pfändungsbeschluß entgegen dem Verbote des § 803 Abs. 1 erlassen worden ist.

§ 11.

b) Die Rechtsfolgen bei Nichtbeachtung der Pfändungsverbote.

Die Tatsache, daß die Pfändungsverbote sachliche Beschränkungen des Rechtes auf Vollstreckung sind und auf derselben Stufe stehen, wie die Bestimmungen der §§ 777 und 803, läßt jedoch für sich allein noch nicht die Schlußfolgerung als gerechtfertigt erscheinen, daß auch die Rechtsfolgen, die sich an die Außerachtlassung jener letztgenannten Vorschriften knüpfen, in gleicher Weise bei einer Überschreitung der Pfändungsverbote eintreten müßten. Die Entscheidung dieser Frage ist bei weitem schwieriger, als bei den bisher erörterten sachlichen Bedingungen, und das Ergebnis, wie vorweg zugestanden werden soll, nicht zweifelsfrei. Die außerordentlich große Bedeutung, welche den Pfändungsverboten gerade in der Praxis mit Recht zukommt, erfordert eine besonders eingehende Prüfung aller Gründe, die für und gegen die beiden Möglichkeiten, Nichtigkeit auf der einen, Anfechtbarkeit auf der anderen Seite, sprechen, und eine genaue Darlegung aller einzelnen Konsequenzen, die sich nach beiden Richtungen hin herausstellen würden.

Um mit einem äußerlichen Moment zu beginnen, sei zunächst auf die vom Gesetze angewandte Ausdrucksweise hingewiesen. Als Argument für die Nichtigkeit pflegt man die für §§ 811 und 850 gleichlautende Fassung der Eingangsworte hervorzuheben: „Der Pfändung sind nicht unterworfen" und diese Worte ihrer indikativen Form wegen einem imperativen „müssen" (von der Pfändung freibleiben) mit absolut zwingendem Charakter gleichzuerachten. Eine solche Methode, lediglich aus der Form des Verbums, in der ein Gesetzesbefehl auftritt, auf seine zwingende

Digitized by Google

oder nicht zwingende Natur schließen zu wollen, ist aber der ZPO. gegenüber sicherlich verfehlt. Es mag genügen, in dieser Beziehung auf die eingehenden Untersuchungen Heilbuts [1]) hinzuweisen, die zwar keineswegs in jedem Punkte zu einwandfreien Ergebnissen führen, die aber das eine zur Evidenz erweisen, daß nicht einmal das ausdrückliche starre „muß" in allen Einzelfällen zwingend wirkt. Für das Spezialgebiet der Zwangsvollstreckung sei nur daran erinnert, daß § 803 Abs. 1 ein „darf nicht", Abs. 2 ein „hat zu unterbleiben" enthält, daß aber in diesen beiden Wendungen niemand einen absolut zwingenden Befehl erblickt, obwohl sie doch einem „muß" mindestens ebenso nahestehen, wie der Indikativ „sind nicht unterworfen". Ist also aus diesen Worten kein Beweis für die Annahme der Nichtigkeit zu entnehmen, so lassen sich viel eher umgekehrt diejenigen Ausdrücke, mit denen der Umfang der einzelnen Pfändungsverbote gekennzeichnet worden ist, gegen die Nichtigkeit verwerten. Denn Pfandfreiheit genießen die Sachen, welche „für den Bedarf des Schuldners oder zur Erhaltung eines angemessenen Hausstandes unentbehrlich" sind" (§ 811 Nr. 1), der gleiche Ausdruck „unentbehrlich" kehrt in den Nr. 3, 5, 6 und 9 des § 811 wieder, der Bedarf des Schuldners zur Bestreitung des Unterhalts für sich und seine Familie ist maßgebend nach § 850 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 4 und im übrigen wird das Maß der Pfandfreiheit mit ähnlichen Ausdrücken, wie „erforderlich" (Nr. 2, 3, 4 und 7 des § 811), „nötig", „voraussichtlich" (Nr. 4), „anständig" (Nr. 7), „notwendig" (Nr. 12) „zur unmittelbaren Verwendung bestimmt" (Nr. 13) wiedergegeben. Es sind also fast durchweg relative Begriffe, die den Ausschlag zu geben haben und die es ermöglichen sollen, in jedem einzelnen Falle den konkreten Bedürfnissen Rechnung zu tragen. Sie machen es damit aber zugleich unmöglich, nach einer für alle Fälle gültigen Schablone feste Grenzen zu ziehen. Eine allgemein erkennbare feste Abgrenzung müßte aber gefordert werden, wenn jede Grenzüberschreitung ipso jure zur Nichtigkeit führen sollte. Für die Frage, ob dieser Gegenstand für diesen Schuldner unentbehrlich ist, kommen oft so verschiedenartige Gesichts-

[1]) ArchZivPrax. 69, 331 ff.

Digitized by Google

punkte in Betracht, daß sie von jedem Gerichtsvollzieher und von jedem Gerichte verschieden beantwortet wird. Wie viele einander widersprechende Entscheidungen sind nicht z. B. schon darüber ergangen, was unter der anständigen Kleidung im Sinne von § 811 Nr. 7 zu verstehen sei und ob im Sommer der Wintermantel, im Winter der Sommerüberzieher gepfändet werden könne. Und wer vermöchte mit absoluter Sicherheit anzugeben, wieviel Möbel für den Haushalt eines mittleren Beamten, etwa eines Sekretärs, angemessen sind, dessen Familie aus Frau und zwei Kindern besteht? Wird nicht die Beantwortung schon mit Rücksicht auf den Unterschied der Wohnungsverhältnisse in den einzelnen Landesteilen verschieden ausfallen müssen? Die Praxis wäre doch der größten Rechtsunsicherheit preisgegeben, wenn jede Pfändung, die sich bei nachträglicher Prüfung durch das Beschwerdegericht als ein Übergriff in das Gebiet der Pfandfreiheit darstellte, nichtig wäre und die Nichtigkeit noch nach Jahren von einem beliebigen Dritten geltend gemacht werden könnte. Die den Interessenten gewährte Möglichkeit, im unmittelbaren Anschluß an die Pfändung eine gerichtliche Nachprüfung ihrer Rechtmäßigkeit mit Rücksicht auf Natur und Anzahl der Pfandobjekte herbeizuführen, also die Anfechtbarkeit, entspricht den praktischen Bedürfnissen doch offensichtlich weit besser.

Hiergegen könnte jedoch vom Standpunkte der Nichtigkeit aus der Einwand erhoben werden, daß eine unter Überschreitung der gesetzlichen Grenzen erfolgte, aber unangefochten bleibende Pfändung zu einer unbilligen Bevorzugung eines Gläubigers führe und der Absicht des Gesetzgebers deshalb zuwiderlaufe. Es sind z. B. entgegen § 811 Nr. 5 einem Schuldner die zur Fortsetzung seines Handwerks unentbehrlichen Gegenstände gepfändet worden, der Schuldner hat zwar privatim den Gläubiger um die Freigabe gebeten, nach dessen ablehnender Antwort aber weitere Schritte aufgegeben, die Pfändung also nicht durch einen Antrag beim Vollstreckungsgericht angefochten, und die Versteigerung ist erfolgt. Hätte der Schuldner sein Handwerkszeug behalten und seine Tätigkeit damit weiter ausgeübt, so wäre er vielleicht in der Lage gewesen, auch seinen zweiten und dritten Gläubiger zu befriedigen. Ist es gerechtfertigt, daß diese nun leer ausgehen müssen, während

Digitized by Google

der erste Gläubiger sich aus dem Erlöse von Sachen befriedigen durfte, deren Pfändung das Gesetz ihm untersagt hatte? Diese Konsequenz, die sich in der Tat bei Annahme der Anfechtbarkeit ergibt, dürfte aber wohl nicht entscheidend ins Gewicht fallen. Denn ganz abgesehen davon, daß die späteren Gläubiger doch nur eine entfernte Hoffnung auf Befriedigung hatten und keineswegs eine irgendwie sichere Aussicht, so ist jedenfalls tatsächlich ihre Lage genau die gleiche, als wenn der Schuldner dem ersten Gläubiger das Handwerkszeug freiwillig zum Pfand gegeben oder sogar direkt an ihn verkauft hätte, in der Absicht sein Handwerk aufzugeben. Mag er nun diese Absicht schon vor der Zwangsvollstreckung ausgeführt und sich seines Eigentums freiwillig entledigt oder sich erst unter dem Drucke der Pfändung zur Aufgabe seiner Tätigkeit entschlossen und die ihm nunmehr entbehrlichen Sachen dem Gläubiger überlassen haben, der Effekt ist in beiden Fällen derselbe uud deshalb lassen sich aus der Tatsache allein, daß die Pfändu ng zu einem für die konkurrierenden Gläubiger ungünstigen Ergebnisse führt, keine Schlußfolgerungen zugunsten der einen oder anderen Meinung herleiten. Andererseits läßt jedoch, wie ohne weiteres zugegeben ist, die tatsächlich gleiche Wirkung noch nicht auf rechtlich gleiche Voraussetzungen schließen. Es bleibt also immerhin fraglich, ob die nach dem Privatrechte zugelassene freie Verfügung über das Handwerksgerät nicht für das Prozeßrecht durch das Verbot des § 811 in zwingender Weise hat beseitigt werden sollen.

Es wird auf diesen Punkt im speziellen noch später zurückgegriffen werden bei der ausführlichen Erörterung über die Frage, ob und inwieweit ein Verzicht des Schuldners auf die ihm vom Gesetze gewährte Wohltat der Pfändungsprivilegien in Betracht kommen kann.[2]) Zunächst handelt es sich um die allgemeine Frage, ob und in welchem Umfange die privatrechtliche Behandlung unpfändbarer Gegenstände die prozessuale Situation zu beeinflussen vermag. Diese Frage ist deshalb von allgemeiner Bedeutung, weil im Gegensatze zu dem bisher allein ins Auge gefaßten Falle bei einem Teile der unpfändbaren Gegenstände auch die privatrechtliche Verfügung verboten ist. Denn nicht alle im § 811 aufgezählten Sachen sind nach bürgerlichem Rechte frei ver-

[2]) Unten § 13.

Digitized by Google

äußerlich, vielmehr sind die in Nr. 11 erwähnten Orden und Ehrenzeichen dem Privatrechtsverkehr entzogen, vor allem aber unterliegen die unpfändbaren Forderungen überhaupt nicht der materiellrechtlichen Verfügung, da § 400 BGB. ihre Übertragbarkeit und § 1274 Abs. 2 BGB. ihre Verpfändbarkeit ausschließt. Wenn also die Anfechtungstheorie richtig wäre und die Pfändung und Überweisung einer unpfändbaren Forderung durch Nichtanfechtung rechtswirksam werden könnte, so würden dadurch offenbar diese zivilrechtlichen Verbote, deren Verletzung nach § 134 BGB. die materielle Nichtigkeit nach sich ziehen würde, illusorisch gemacht werden, und man wird geneigt sein, wegen dieser Konsequenz die Anfechtbarkeit abzulehnen, weil das Prozeßrecht nicht zur Umgehung und Schwächung des materiellen Rechtes, sondern zu seiner Stärkung und Unterstützung bestimmt sei. Dennoch erscheint dieser Schluß übereilt. Denn die Erscheinung, daß eine prozessuale Entscheidung in Widerspruch gerät mit dem materiellen Rechte und sich trotzdem stärker erweist, als dieses, ist nicht vereinzelt und wird sich nicht vermeiden lassen, solange die Rechtspflege den Fehlern und Schwächen der menschlichen Erkenntnis unterworfen ist. Es kann z. B. sehr wohl vorkommen, daß eine nach den Bestimmungen des BGB. unübertragbare Forderung dennoch tatsächlich abgetreten und von dem Zessionar eingeklagt wird, daß dem Richter dieser Mangel entgeht und daß das verurteilende Erkenntnis rechtskräftig wird, weil der beklagte Schuldner die Anfechtung unterläßt. Dann ergibt sich ebenfalls die Konsequenz, daß der Schuldner an den neuen Gläubiger zahlen muß, trotzdem dieser materiellrechtlich die Forderung sich nicht übertragen lassen durfte, und zwar ergibt sich diese Folgerung ebenfalls aus der Tatsache, daß der richterliche Befehl an den Schuldner prozessual unanfechtbar geworden ist. Die Sicherheit des Rechtsverkehrs verlangt in gleicher Weise, wie die Autorität des Staates, daß die Entscheidungen der Rechtspflegeorgane, sobald sie auf formell korrektem Wege zustande gekommen sind und einer richterlichen Abänderung nicht mehr unterliegen, auch von den Beteiligten respektiert werden müssen und nicht ad libitum ihre sachlichen Unterlagen fortgesetzt von neuem wieder in Zweifel gezogen werden dürfen. Dieses Prinzip steht höher, als die materielle Richtigkeit, es genügt, daß

Digitized by Google

der letzteren durch die Gewährung von Anfechtungsmitteln Rechnung getragen wird. Die Parteien haben es in der Hand, dem materiell richtigen Rechte mit diesen Mitteln zum Siege zu verhelfen, gebrauchen sie die zu ihrem Vorteile dienenden Mittel nicht, so müssen sie eben die Nachteile in den Kauf nehmen.

Noch eine andere praktische Erwägung kommt hinzu, die es zugleich zweifelhaft erscheinen läßt, ob man wirklich eine materiellrechtliche Nichtigkeit annehmen kann. Allseitig ist anerkannt, daß nur die im § 850 aufgezählten Forderungen von der Pfändung freizubleiben haben, daß dagegen die Geldbeträge selbst, nachdem sie der Schuldner vom Drittschuldner in Empfang genommen hat, der Pfändung unterliegen. Der Schuldner ist also nicht gehindert, diese Geldbeträge sofort nach der Annahme freiwillig dem Gläubiger zu übereignen, und kann auf diese Weise die ihm vom Gesetze zugedachte Wohltat in den Wind schlagen. Auch der Drittschuldner wird vielfach den ihm gesetzlich verliehenen Schutz für überflüssig erachten, den Schutz nämlich, der in der Unpfändbarkeit und Unübertragbarkeit für ihn insofern gelegen ist, als ihm nicht ein neuer Gläubiger gegen seinen Willen und gegen sein Interesse aufgedrängt werden soll. Ein Drittschuldner z. B., der nach § 850 Nr. 3 dem Schuldner aus Freigebigkeit regelmäßig fortlaufende Einkünfte gewährt, hält es vielleicht durchaus nicht seinem Interesse zuwider, einen Teil dieser Summe unmittelbar dem Vollstreckungsgläubiger auszuzahlen. Wenn nun der Schuldner mit dieser direkten Leistung einverstanden ist, so ist nicht einzusehen, warum diese Leistung nicht rechtswirksam sein sollte. Und wenn es sonach trotz Unpfändbarkeit und Unübertragbarkeit zu einer freiwilligen Zahlung an den Gläubiger kommen kann, so muß doch wohl derselbe Erfolg auch dadurch herbeigeführt werden können, daß sowohl Schuldner wie Drittschuldner den Pfändungsbeschluß nicht anfechten. Danach erscheint die Auffassung gerechtfertigt, daß die Unübertragbarkeit lediglich im Interesse von Schuldner und Drittschuldner vorgeschrieben ist und daß ihr Interesse durch die Gewährung der Anfechtungsmöglichkeit genügend geschützt wird, nicht aber, daß die Unübertragbarkeit auf öffentlichem Interesse beruht und deshalb ihre Verletzung als die einer zwingenden Norm zur Nichtigkeit führen müsse. Allerdings steht die im Zivilrechte

Digitized by Google

herrschende Meinung auf diesem letzteren Standpunkte und will das Interesse des Drittschuldners nur für den Fall des § 399 BGB. anerkennen.[3]) Diese Unterscheidung ist aber nicht als zutreffend zu erachten, insbesondere muß die Argumentation als verfehlt bezeichnet werden, daß, weil § 400 BGB. auf die in der ZPO. geregelte Unpfändbarkeit, also auf öffentliches Recht verweise, auch ein öffentliches Interesse vorläge. Das Interesse, das die Rechtsordnung daran hat, gewisse Forderungen für unübertragbar zu erklären, ist vielmehr im BGB. und in der ZPO. genau das gleiche, es ist die Rücksichtnahme auf den Inhalt des Schuldverhältnisses und, damit zusammenhängend, auf die Personen des Schuldverhältnisses. Deshalb, um es nochmals hervorzuheben, muß es in letzter Linie den Beteiligten überlassen bleiben, ob sie die Übertragbarkeit nicht doch mit dem Inhalte der Leistung für vereinbar ansehen wollen, es kann ihnen dieses Selbstbestimmungsrecht über das von ihnen erst geschaffene Schuldverhältnis nicht durch die Folge der absoluten Nichtigkeit genommen werden. Wie Weigelin[4]) zutreffend bemerkt, sind die unpfändbaren Forderungen nicht res extra commercium, und der Schutz, den das Gesetz den Beteiligten gewähren will, geht nicht weiter, als diese selbst es wollen.

Aber es soll auf diesen Punkt kein ausschlaggebendes Gewicht gelegt werden. Selbst wenn man auch in Abweichung von der hier vorgetragenen Anschauung mit der im Zivilrechte herrschenden Ansicht zu einer materiellen Nichtigkeit gelangt, so bleibt als entscheidend doch das zuerst hervorgehobene Moment übrig, daß die materielle Sachlage unter Umständen zurücktreten muß gegenüber der formell korrekten und formell nicht mehr anfechtbaren prozessualen Entscheidung. Dieses auf der Staatsautorität beruhende Argument findet eine weitere Stütze in den zum Schutze der Pfändungen erlassenen strafrechtlichen Bestimmungen über die gegen die öffentliche Ordnung gerichteten Vergehen der §§ 136, 137 StGB. Wäre die Pfändung einer nach § 811 der Vollstreckung

[3]) Vgl. Planck (3) § 399 Note 3, Rehbein §§ 398—413 Note 13, Kuhlenbeck in Staudingers Kommentar (2) § 399 Note 3, die sich übereinstimmend in diesem Sinne aussprechen.

[4]) S. 26. Allerdings bezüglich des Rechtszustandes vor 1900.

Digitized by Google

entzogenen Sache ein rechtliches Nichts, so könnte der des Pfandbruchs nach § 137 StGB. angeklagte Schuldner in vielen Fällen ohne weiteres durch die Berufung auf die nach seiner Überzeugung vorhandene Pfandfreiheit der Verurteilung entgehen. Die Praxis, vor allem das Reichsgericht, hat jedoch gegen eine solche Auffassung wiederholt und in feststehender Rechtsprechung eine entschieden ablehnende Stellung eingenommen.[5]) Auch in strafrechtlicher Beziehung ist nur die Beobachtung der formellen Vollstreckungsbedingungen entscheidend, nicht die der sachlichen. Freilich wird man hier ebenfalls einwenden, daß diese Beweisführung höchstens für § 811, nicht aber für 850 zutreffen könne, weil § 137 StGB. nur von Sachen spricht und das Delikt, wie auch die im Strafrecht herrschende Lehre annimmt, an Forderungen nicht begangen werden kann.[6]) Aber dieser Unterschied ist doch nur äußerlicher Natur, der innere Grund, dem die Strafvorschrift ihre Entstehung verdankt, die Aufrechterhaltung formell korrekter behördlicher Maßnahmen im Interesse der staatlichen Ordnung, verdient jedenfalls eine über § 811 hinausgehende allgemeine Bedeutung.

An den gerade im Strafrechte mit aller Deutlichkeit zum Ausdrucke gelangten Gedanken, daß die Entscheidungen der Justizbehörden trotz sachlicher Unrichtigkeit zu respektieren sind, solange sie nicht im ordentlichen Rechtszug angefochten und aufgehoben sind, knüpft denn auch eine dritte Ansicht an, die zwischen den bisher ausschließlich betrachteten Theorien der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit zu vermitteln sucht. Diese zuerst von Riehl vorgetragene, dann von Petschek aufgenommene Mittelmeinung kommt zu folgenden Ergebnissen: Nur diejenige Pfändung erzeugt ein Pfändungspfandrecht, bei der sämtliche Voraussetzungen gegeben sind, fehlen dagegen die sachlichen Voraussetzungen, so entsteht nie ein Pfandrecht, wohl aber entsteht stets dann eine Pfandverstrickung, sobald der Pfändungsakt sich in äußerlich formgerechter Weise als amtliche Beschlagnahme darstellt.[7]) Auf Ab-

[5]) RG. in Strafsachen 5, 210, 19, 165.

[6]) RG. VerStS. 24, 40, ebenso von Liszt § 176, Berner 412, Olshausen und Frank zu § 137 und Lenz, Der strafrechtliche Schutz des Pfandrechts 199.

[7]) Vgl. Riehl, Über die materiell-rechtlichen Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts 24 u. 78 bis 80; Petschek, Die Zwangsvollstreckung in Forderungen nach österreichischem Recht I. 126 ff. — Dagegen Gaupp-Stein Note 2 zu § 804.

Digitized by Google

weichungen, die sich im einzelnen zwischen den Darstellungen von Riehl und Petschek finden, braucht hier nicht eingegangen zu werden, es kommt nur auf den von beiden gleichmäßig verwendeten Begriff der Pfandverstrickung an. Diesen Begriff, von Riehl ausschließlich in strafrechlichem Sinne gebraucht — der Ausdruck „Verstrickung" stammt ja auch aus § 137 StGB. —, von Petschek für das österreichische Recht auf das Gebiet der Forderungspfändung in zivilrechtlichem Sinne übertragen, könnte Riehl vielleicht in der letzteren Beziehung jetzt, nach der durch das BGB. und die Novelle zur ZPO. bewirkten Rechtsänderung, auch für das deutsche Recht in Anspruch nehmen. Seit 1900 besteht nämlich für die Pfändung von Forderungen die Vorschrift des § 836 Abs. 2: „Der Überweisungsbeschluß gilt, auch wenn er mit Unrecht erlassen ist, zugunsten des Drittschuldners dem Schuldner gegenüber so lange als rechtsbeständig, bis er aufgehoben wird und die Aufhebung zur Kenntnis des Drittschuldners gelangt." Aus dieser Bestimmung könnte man vom Standpunkte Riehls aus vielleicht folgern: wenn der Beschluß zu Unrecht ergangen ist, so kann er kein Pfandrecht erzeugen, dennoch hat die gerichtliche Entscheidung, die sich äußerlich als Pfändungs- und Überweisungsbeschluß darstellt, solange sie besteht, bestimmte Rechtswirkungen, folglich liegt hier die behördliche Verstrickung der Forderung vor. Diese Schlußfolgerung erweist sich jedoch bei näherer Betrachtung als unzutreffend. Denn einmal spricht § 836 Abs. 2 nicht von dem Pfändungsbeschluß, sondern nur von dem Überweisungsbeschluß, und wenn beides auch häufig zusammenfallen wird, so ist das doch nicht allgemein der Fall, insbesondere nicht bei der Arrestpfändung. Es hat auch seinen guten Grund, daß diese Bestimmung nicht für die Pfändung schlechthin, sondern nur für die Überweisung getroffen ist. Denn nach § 836 Abs. 1 ersetzt die Überweisung die förmlichen Erklärungen des Schuldners, von welchen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechtes die Berechtigung zur Einziehung der Forderung abhängig ist, und nur deshalb, um die Übereinstimmung mit dem bürgerlichen Rechte herzustellen, war Abs. 2 notwendig. Er entspricht dem § 409 BGB., wonach der bisherige Gläubiger die von ihm angezeigte Abtretung gegen sich gelten lassen muß, auch wenn die Abtretung unwirksam ist. Es handelt sich also um eine

Digitized by Google

materielle Folgeerscheinung der Überweisung, nicht um eine prozessuale Wirkung der Pfändung. Sodann aber spricht gegen die Annahme einer Verstrickung im Sinne Riehls folgende Erwägung. Das Wesen der Verstrickung soll darin liegen, daß die Pfändung bis zur Aufhebung von den Beteiligten respektiert werden muß. Würde § 836 Abs. 2 wirklich dieser Begriffsbestimmung entsprechen, so müßte der Drittschuldner vor Aufhebung des Beschlusses dem Verlangen des Pfändungsgläubigers auf Zahlung unter allen Umständen nachkommen und dürfte unter keinen Umständen an den Schuldner zahlen, selbst wenn er von der Unpfändbarkeit der Forderung, also von der Unwirksamkeit des Beschlusses überzeugt ist, die Verstrickung müßte ihn dazu zwingen. Daß dies aber nicht der Sinn des § 836 Abs. 2 ist, zeigt schon ein Blick auf den Wortlaut. Nur zugunsten des Drittschuldners soll der Beschluß als rechtsbeständig gelten, nicht aber zu seinen Ungunsten, der Drittschuldner soll nur der Pflicht überhoben sein, den Beschluß auf seine Wirksamkeit zu prüfen, nicht aber soll ihm das Recht genommen werden, die tatsächlich vorhandene Unwirksamkeit auch dem Pfändungsgläubiger gegenüber geltend zu machen. Er braucht nicht abzuwarten, bis der Schuldner den Beschluß anficht, sondern er ist aus eigenem Rechte befugt, die Aufhebung zu verlangen. Freilich muß zunächst eine Aufhebung des Beschlusses — sei es auf Antrag des Schuldners, sei es auf Antrag des Drittschuldners — in jedem Falle erfolgt sein, bevor dem Pfändungsgläubiger die Unwirksamkeit entgegengehalten werden kann. Um zu diesem Ergebnisse zu gelangen, bedarf man aber nicht des besonderen Begriffs der Verstrickung, sondern es ergibt sich schon aus dem Begriffe der Anfechtbarkeit, sobald man nur die Anfechtungsberechtigung nicht auf die Person des Schuldners allein beschränkt, sondern sie dem Drittschuldner ebenfalls zugesteht.

Zeigt also die Vorschrift des § 836 Abs. 2, daß die von Riehl und Petschek versuchte Konstruktion theoretisch und praktisch unannehmbar ist, so bildet sie gleichzeitig auch ein wichtiges Argument gegen die Nichtigkeitslehre. Denn solange der Beschluß nicht aufgehoben ist, kann danach — trotz der Nichtigkeit! — der Drittschuldner der Klage des Schuldners den Einwand der mangelnden

Digitized by Google

Aktivlegitimation entgegensetzen, denselben Einwand könnte er aber auch — wegen der Nichtigkeit! — der Klage des Pfändungsgläubigers gegenüber erheben,[8]) er brauchte also keinen von beiden zu befriedigen, ein Ergebnis, das gewiß ebenfalls unbefriedigend genannt werden muß. Auch sonst muß gerade bei der Forderungspfändung die Nichtigkeit zu unliebsamen Konsequenzen führen. Der Schuldner bezieht z. B. fortlaufende Einkünfte aus einer Stiftung und außerdem auf Grund der Freigebigkeit eines Verwandten. Der Gesamtbetrag aus diesen beiden Einnahmequellen übersteigt den Bedarf des Schuldners zur Bestreitung seines notdürftigen Unterhalts. Ein Gläubiger beantragt die Pfändung des nach § 850 Nr. 3 pfändbaren Überschusses. Das Vollstreckungsgericht pfändet in der Weise, daß auf jede der beiden Forderungen ein ihrer Höhe entsprechender Anteil entfällt. Beide Drittschuldner halten den Beschluß für unwirksam und verweigern die Zahlung, gegen beide erhebt infolgedessen der Gläubiger Klage. Da der allgemeine Gerichtsstand für jeden der Drittschuldner ein anderer ist, kommen zwei verschiedene Prozeßgerichte in Betracht und beide fällen verschiedene Entscheidungen. Wer, wie die Anhänger der Nichtigkeitslehre, der Ansicht ist, der Drittschuldner könne sich jederzeit und vor jedem Gericht auf die Unwirksamkeit der Pfändung berufen, muß eine solche Divergenz der Entscheidungen in den Kauf nehmen. Es liegt jedoch auf der Hand, daß damit eine bedenkliche Unsicherheit in die Praxis getragen werden müßte und daß gleichzeitig auch theoretisch von einer absoluten Nichtigkeit nicht mehr die Rede sein kann. Denn sonst müßte eben doch die Möglichkeit divergierender Entscheidungen ausgeschlossen sein.

Eine sichere und einheitliche Grundlage für die Entscheidung des Prozeßgerichts oder der Prozeßgerichte kann man deshalb nur dann gewinnen, wenn man dem beklagten Drittschuldner nicht den Einwand gestattet, der Pfändungsbeschluß sei sachlich als Verstoß gegen § 850 ungerechtfertigt, also auch ohne Aufhebung unwirksam, sondern wenn man vielmehr nur die Berufung darauf zu-

[8]) So in der Tat Conrad, Dissertation 39, 40, insbes. Anm. 101 (Pfändungsbeschränkungen 347, 348 Anm. 18). Auch Gaupp-Stein, die prinzipiell nur Anfechtbarkeit annehmen, wollen dennoch dem Drittschuldner diesen Einwand dem Gläubiger gegenüber gestatten (§ 836 II).

Digitized by Google

läßt, daß der Beschluß bereits aufgehoben oder doch wenigstens seine Aufhebung beantragt sei. Denn dann steht die Prüfung der angeblichen Unpfändbarkeit lediglich dem Vollstreckungsgericht und eventuell dem übergeordneten Beschwerdegerichte zu, in jedem Falle ist der Ausgang des Vollstreckungsverfahrens für die Entscheidung späterer Prozesse bindend.

Freilich stellt sich diesem Ergebnisse, das für die Praxis unzweifelhaft vor den Resultaten der anderen Theorien den Vorzug verdient, eine Schwierigkeit entgegen, nämlich bei der Frage, wann das Vollstreckungsverfahren als beendigt anzusehen ist. Die Schwierigkeit entsteht vor allem dann, wenn es sich um einen Beschluß handelt, in dem neben der Pfändung gleichzeitig die Überweisung an Zahlungs Statt ausgesprochen wird. Denn für einen solchen Fall wird allgemein angenommen, daß sofort mit dem Vollzug der Überweisung, also mit der Zustellung des Beschlusses, die Zwangsvollstreckung endet, weil die Forderung selbst, nicht nur das Recht zur Einziehung, auf den Vollstreckungsgläubiger übergeht,[9]) ein Verfahren gegen den Schuldner nach der Überweisung also nicht mehr in Frage kommen könne. Wäre dies richtig, so wäre in der Tat für die Ausübung des Anfechtungsrechts innerhalb des Vollstreckungsverfahrens kein Raum. Indessen ist jene Ansicht schon theoretisch nicht einwandfrei. Denn die Überweisung an Zahlungs Statt bewirkt nicht in allen Fällen ohne weiteres die Befriedigung des Gläubigers, sondern nur dann, wenn die gepfändete Forderung wirklich besteht, wie dies auch im § 835 Abs. 2 zum Ausdrucke gekommen ist. Besteht sie nicht, ist also der Gläubiger nicht befriedigt, so ist auch die Vollstreckung noch nicht beendet.[10]) Ob das eine oder das andere der Fall ist, steht aber nicht schon bei der Zustellung des Überweisungsbeschlusses erkennbar fest, sondern ergibt sich erst später, wenn der Gläubiger vom Drittschuldner Auskunft gemäß § 840 verlangt. Deshalb empfiehlt es sich auch aus praktischen Gründen, das Vollstreckungs-

[9]) Gaupp-Stein, Vorbem. zum 8. Buch VII c 2; Seuffert, § 835 3 II a und § 767 6 bβ; Petersen-Anger, Vorbem. 9 b; Struckmann-Koch, § 835 Note 6; Schrutka, ZZP. 18, 67.

[10]) So Wilmowski-Levy, § 690 (alt) Note 6; Falkmann 370; Frommhold, Widerspruchsklage 260 f.

Digitized by Google

verfahren in jedem Falle einer Überweisung an Zahlungs Statt erst mit dem Zeitpunkt als beendigt anzusehen, in dem der Gläubiger die Befriedigung erlangt hat. Das Gesetz spricht keinesfalls gegen diese Annahme, da es sich einer ausdrücklichen Bestimmung über das Ende der Zwangsvollstreckung überhaupt enthält. Zu ihren Gunsten aber spricht die Erwägung, daß man damit einen für alle Vollstreckungsarten gleichen Maßstab gewinnt und nicht, wie es jetzt z. B. Seuffert[11]) tut, 7 verschiedene Zeitpunkte für die Beendigung des Verfahrens je nach dem Gegenstande der Vollstreckung zu berücksichtigen hat. Ist also erst die Befriedigung des Gläubigers entscheidend, so steht auch bei einer Überweisung an Zahlungs Statt nichts im Wege, daß der Drittschuldner beim Vollstreckungsgerichte die Aufhebung des Beschlusses wegen Unpfändbarkeit der Forderung beantragen kann. Damit fällt auch das letzte Hindernis für die Durchführung der Anfechtungstheorie, so daß diese sich nach allen Richtungen hin als praktisch brauchbar erwiesen hat.

Die Ergebnisse sind noch einmal kurz dahin zusammenzufassen:

Eine Pfändung, die unter Nichtbeachtung der Pfändungsverbote vorgenommen wird, ist so lange wirksam, bis sie innerhalb des Vollstreckungsverfahrens angefochten und aufgehoben ist. Endet das Verfahren ohne Anfechtung, hat also die Befriedigung des Gläubigers stattgefunden, ohne daß die Unwirksamkeit der Pfändung vom Vollstreckungsgericht ausgesprochen ist, so kann die Gültigkeit des Pfändungspfandrechts von keiner Seite mehr in Frage gestellt werden.

Durch diese Grundsätze wird erreicht:

1. eine einheitliche Behandlung der unpfändbaren Sachen und der unpfändbaren Rechte;
2. eine einheitliche Beurteilung in zivilprozessualer und in strafrechtlicher Beziehung;
3. eine für die Geltendmachung der Unpfändbarkeit ausschließlich zuständige Instanz;
4. eine für die Geltendmachung der Unpfändbarkeit ausschließlich maßgebende Zeit.

---

[11]) § 767 Note 6 b.

Digitized by Google

Es bleiben danach nur noch die beiden Fragen zu erörtern, wer zur Anfechtung berechtigt ist und welche Mittel ihm zu diesem Zwecke zur Verfügung stehen.

Es sei jedoch gestattet, vor dem Eingehen auf diese Fragen noch eines Falles Erwähnung zu tun, dessen Entscheidung ohne die vorangegangenen Untersuchungen nicht leicht möglich gewesen wäre, der nunmehr aber keine Schwierigkeiten mehr bietet. Ein Gläubiger hat die Pfändung des seinem Schuldner zustehenden Pflichtteilsanspruchs erwirkt, bevor dieser Anspruch durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden war. Nach § 852 Abs. 1 war also zur Zeit der Pfändung das Pfandobjekt der Pfändung noch nicht unterworfen. Ein Widerspruch[12]) gegen die Pfändung ist weder von seiten des Schuldners, noch von der des Drittschuldners erfolgt. Einige Zeit später erhebt der Schuldner Klage gegen den Erben auf Zahlung des Pflichtteils. Es fragt sich, ob durch die nachträglich eingetretene Rechtshängigkeit eine Konvaleszenz der Pfändung herbeigeführt wird oder ob es einer neuen Pfändung bedarf. Die Wichtigkeit der Frage leuchtet, abgesehen vom Kostenpunkte, dann sofort ein, wenn ein zweiter Gläubiger unmittelbar nach Eintritt der Rechtshängigkeit pfändet. Vom Standpunkte der Anfechtungslehre kann die Entscheidung nur im Sinne der Konvaleszenz des Pfandrechts ausfallen. Dagegen werden die Anhänger der Nichtigkeitslehre wahrscheinlich auf das „nur" im Texte des § 852 verweisen und daraus insbesondere, im Zusammenhange mit dem „ist unterworfen," ein Argument für die absolute Unzulässigkeit der ersten Pfändung herleiten. Damit würden sie jedoch dem Sinne dieser Bestimmung offenbar nicht gerecht werden. Denn sowohl der Eintritt der Rechtshängigkeit, als das vertragsmäßige Anerkenntnis ist ein reines Internum zwischen Schuldner und Drittschuldner und wird nicht jedem Gläubiger ohne weiteres erkennbar. Wollte man also den Gläubiger, der die Einreichung der Klage des Schuldners in Erfahrung gebracht und schleunigst die Zustellung des Pfändungsbeschlusses an den Erben bewirkt hat, zurücksetzen gegenüber dem, der im Einverständnisse mit dem Schuldner die Zustellung der Klage abgewartet

[12]) Der Ausdruck ist in ganz allgemeiner Bedeutung zu verstehen, es sollte nur das Wort „Anfechtung" zunächst vermieden werden.

Digitized by Google

und gleich danach gepfändet hat, so würde man betrügerischen Manipulationen Tor und Tür öffnen. Der Schuldner würde dann nur dem Gläubiger gegenüber sich zur Einklagung des Pflichtteils entschließen, der ihm die günstigsten Bedingungen stellen würde. Es müßte sich also eine Situation entwickeln, die dem Zwecke des Gesetzes nicht entspräche. Es ist dabei ferner zu berücksichtigen, daß der Pflichtteilsanspruch schon mit dem Erbfall in der Person des Schuldners entstanden und nur seine Geltendmachung vom Willen des Schuldners abhängig war, daß der Anspruch also im Grunde einer bedingten Forderung gleichzusetzen ist, deren Pfändung doch keinem Bedenken unterliegt.[13]) Die Anfechtbarkeit bewährt sich sonach auch in diesem Falle, während die Nichtigkeit trotz des Wortlauts des § 852 mit dem Willen des Gesetzes und seiner praktischen Anwendbarkeit in Widerspruch gerät.[14])

§ 12.

c) Die Berechtigung und die Mittel zur Anfechtung.

Bei der nunmehr zu erörternden Frage nach der Person des Anfechtungsberechtigten ist als unstreitig davon auszugehen, daß ebenso wie bei den sonstigen Pfändungsbeschränkungen dem Schuldner in jedem Falle das Recht zusteht, einen Verstoß gegen die Pfändungsverbote durch Einwendung beim Vollstreckungsgericht geltend zu machen. Es fragt sich jedoch, inwieweit das Anfechtungsrecht auch anderen, dritten Personen zusteht.

---

[13]) Vgl. ausdrücklich § 844.

[14]) Zum Schlusse eine Übersicht der bisher vertretenen Ansichten, die sich freilich meist nur auf den einen oder anderen einzelnen Punkt beziehen: Anfechtbarkeit nehmen an: die Kommentare, Planck 2, 722; Kleinfeller, Lehrb. 635; Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis 123; Riehl 68; v. d. Horst, Pfändung von Früchten (Erlanger Dissertation 1896) 21; Drews, Der Arrestbruch nach StGB. § 137 (Greifswalder Dissertation 1903) 24; Gesellius, Der Arrestbruch, § 137 RStGB. (Greifswalder Dissertation 1898) 31; RG. in JW. 95, 239[9], Strafs. 19, 164 und 8, 256, Rechtspr. in Strafs. 5, 235.

Nichtigkeit: Hellwig, Pfändung von Forderungen 158; Rich. Schmidt, Lehrb. (2) 942; Weismann, Lehrb. 2, 132; Burlage, Die Pfändung bei Personen, welche Landwirtschaft betreiben 63 ff.; Conrad, Dissertation 16 (Pfändungsbeschränkungen 324); Landsberg, PosMSchr. 3, 181; Meyer, Lohnbeschlagnahme 80, ferner OLG. Posen, Rechtspr. 7, 307 und KG. das. 10, 392 Nr. 4.

Digitized by Google

Zunächst ist die mehrfach vertretene[1]) extreme Ansicht, daß Dritte überhaupt nicht selbständig einer Pfändung unpfändbarer Sachen widersprechen könnten, unbedingt abzulehnen. Für sie kann nicht etwa geltend gemacht werden, daß das Zwangsvollstreckungsverfahren sich lediglich zwischen Gläubiger und Schuldner abspiele und daß ein Dritter nur dann in den Gang dieses Verfahrens einzugreifen befugt sei, wenn ihm das Gesetz die Berechtigung dazu ausdrücklich beilege, wie im Falle des § 771. Denn die Gewährung eines besonderen Rechtsbehelfes für einen besonderen Fall der Verletzung Dritter schließt für andere Fälle die Anwendung des allgemein, auch für Dritte zugelassenen Erinnerungsverfahrens nach § 766 noch nicht aus. Es muß nur erkennbar sein, daß das Gesetz eine Verletzung der Interessen dritter Personen nicht hat zulassen wollen. Dies aber ist z. B. in den Fällen der Nr. 2, 3, 10 und 12 des § 811 hinsichtlich der Familienangehörigen sicherlich die Gesetzesabsicht. Wollte man den Familienmitgliedern, wenn die für sie unentbehrlichen Sachen gepfändet werden, das selbständige Anfechtungsrecht versagen, so würde der Zweck jener Bestimmungen illusorisch gemacht werden. Denn dann hätte es ein böswilliger Familienvater in der Hand, durch Nichtgebrauch der ihm zustehenden Anfechtungsbefugnis seine Angehörigen auf das Empfindlichste zu schädigen und den Haushalt, dessen Aufrechterhaltung durch § 811 angestrebt wird, zur Auflösung zu bringen. Es würde dies um so eher möglich sein, als der Gerichtsvollzieher durch den Schuldner über die Zahl und das Alter der Familienmitglieder leicht in einen Irrtum versetzt werden kann. Da nun der Gerichtsvollzieher, wenn er nachträglich die wahre Sachlage erkennt, nicht aus eigener Macht die Pfändung wieder aufheben darf, — wie allseitig unbestritten ist[2]) — so muß es ein Mittel geben, um den im Interesse der gesamten Familie erlassenen Pfändungsverboten unabhängig vom Willen des Schuldners die Wirksamkeit zu sichern und einen Beschluß des Gerichts auf Aufhebung der Pfändung herbeizuführen. Dieses Mittel aber

[1]) So Wilmowski-Levy § 715 Note 1, Francke, ZZP. 5, 205, OLG. Breslau daselbst 15, 420, SächsOLG. 7, 552. Anscheinend auch Riehl 68.

[2]) Vgl. die Kommentare, RG. 18, 391 u. GruchotsBeitr. 40, 1039, Sächs. OLG. 12, 83, PrGeschAnw. § 58 Nr. 4.

Digitized by Google

kann kein anderes sein, als die Zulassung eines selbständigen Anfechtungsrechts an die zu schützenden Dritten.

Geschützt werden sollen vor allem, wie schon hervorgehoben wurde, die Familienmitglieder, für sie kommen in Betracht die Nr. 2, 3, 10 und 12 des § 811, welche ausdrücklich die Familie erwähnen, ferner aber auch Nr. 1 des § 811 und § 812. Denn da diese beiden Vorschriften auf die Erhaltung des Hausstandes und Haushaltes abzielen, so soll auch durch sie über den persönlichen Bedarf des Schuldners hinaus der Bedarf für die zum Haushalte gehörigen Familienmitglieder gesichert werden. Aus dem gleichen Grunde wird das Gesinde nicht nur durch die besondere Hervorhebung im § 811 Nr. 2 und 3, sondern als zum Haushalte gehörig auch durch Nr. 1 und § 812 geschützt.

Im Gegensatze dazu ist das Privileg der Nr. 5 ausschließlich an die Person des Schuldners selbst geknüpft und deshalb kann z. B. der Gehilfe eines Handwerkers der bei dem Meister ausgebrachten Pfändung des Werkzeuges nicht widersprechen, ebensowenig umgekehrt der Meister, wenn beim Gehilfen gepfändet wird. Es muß dieses Ergebnis deshalb besonders hervorgehoben werden, weil vielfach versucht worden ist, auch im Falle der Nr. 5 Dritten das Anfechtungsrecht zu gewähren, sofern sie an der Fortsetzung der Erwerbstätigkeit interessiert sind. Diese Auffassung kann aber nicht damit begründet werden, daß die Pfändungsverbote allgemein die Aufrechterhaltung des schuldnerischen Wirtschaftsbetriebs bezweckten. Eine solche Auslegung verbietet schon die verschiedene Fassung des Gesetzes. Denn § 811 hebt den „Betrieb" nur in den Ziffern 4 und 9 — Landwirtschaft und Apotheken — ausdrücklich hervor und spricht im Gegensatze dazu in Nr. 5 lediglich von den „persönlichen" Leistungen und der „persönlichen" Fortsetzung der Erwerbstätigkeit. Daß nicht daneben noch die Tätigkeit der Hilfspersonen hat geschützt werden sollen, ist auch aus Nr. 6 ersichtlich, denn einer besonderen Erwähnung des stellvertretenden Geschäftsführers hätte es offenbar nicht bedurft, wenn jeder Gehilfe und Lehrling bereits durch Nr. 5 mitumfaßt worden wäre. Die Verletzung der Nr. 5 kann also nur durch den Schuldner allein, nicht auch durch einen Dritten geltend gemacht werden.[3])

[3]) Ebenso Gaupp-Stein § 811 V f. 2, Seuffert Note 6, OLG. Breslau,

Digitized by Google

Dagegen bezweckt Nr. 4 die Erhaltung des landwirtschaftlichen Betriebes. Es wird also nicht nur der persönliche Bedarf und die eigene Tätigkeit des Schuldners geschützt, sondern es müssen dem Schuldner auch diejenigen Erzeugnisse belassen werden, die zur Beköstigung der unentbehrlichen Arbeitskräfte gebraucht werden, gleichviel ob diese Hilfspersonen zum Haushalte gehören oder nicht.[4]) Infolgedessen wird man auch solchen Arbeitern, wenn sie durch eine Pfändung brotlos gemacht werden, ein selbständiges Anfechtungsrecht gewähren müssen. Die Legitimation zur Anfechtung hängt aber davon ab, ob gerade diese Arbeitskraft für die ordnungsmäßige Fortführung der Wirtschaft unentbehrlich ist. Die Anfechtungsbefugnis gilt jedoch nicht für diejenigen Dritten, die an der Aufrechterhaltung des Wirtschaftsbetriebs nur mittelbar interessiert sind, nämlich für die Hypothekengläubiger. Deren Interesse besteht insofern, als diejenigen in Nr. 5 aufgezählten Gegenstände, welche Zubehör sind, der Hypothek gemäß §§ 98, 1120 BGB. haften. Die Pfändung des Zubehörs ist aber ohne Rücksicht auf § 811 besonders durch § 865 Abs. 2 verboten und die Verletzung dieses Verbots zieht, wie noch gezeigt werden wird, nicht nur Anfechtbarkeit, sondern Nichtigkeit nach sich. Da also die Hypothekengläubiger jederzeit diese Nichtigkeit geltend machen können, so bedarf es nicht außerdem noch eines besonderen Anfechtungsrechtes, das ohnehin neben der Nichtigkeit nicht praktisch werden könnte. Der innere Grund für die Verschiedenheit beruht darin, daß das Grundstück des Landwirts durch § 811 Nr. 4 in seiner wirtschaftlichen Einheit, durch § 865 dagegen in seiner rechtlichen Einheit geschützt werden soll, und deshalb muß der Arbeiter, der ein rein wirtschaftliches Interesse verfolgt, sich auf § 811 berufen können, der Hypothekengläubiger aber wahrt sein rechtliches Interesse durch Berufung auf § 865.[5])

ZZP. 15, 421, Posen, PosMSchr. 4, 105 nnd Rspr. 7, 306, Dresden, Rspr. 5, 453 (auch Dresden in SeuffA. 56 Nr. 235, Naumburg daselbst 58 Nr. 67). — A. M. OLG. Dresden, ZZP. 24, 437, Petersen-Anger Note 8 b.

[4]) Vgl. Burlage a. a. O. 48 ff.

[5]) Wie hier Salinger, DJZ. 05, 737, der überhaupt das Verhältnis zwischen § 811 und § 865 im einzelnen darlegt. — A. M. die Kommentare. vgl. insbesondere Gaupp-Stein § 811 III und V e, Seuffert Note 1 e.

Digitized by Google

Ein selbständiges Anfechtungsrecht steht endlich dem Konkursverwalter insoweit zu, als die Pfandgegenstände nach § 1 KO. zur Masse gehören, also Nr. 4, 9 und von Nr. 11 die Geschäftsbücher.[6])

Was die unpfändbaren Forderungen des § 850 anlangt, so sind, analog wie bei § 811, diejenigen Dritten anfechtungsberechtigt, für die ein ausdrücklicher Vorbehalt im Gesetze gemacht worden ist, also in Nr. 3 die Ehefrau und die noch unversorgten Kinder und im Abs. 4 (ebenso im § 4a LohnBG.) die Verwandten, die Ehefrau oder die frühere Ehefrau. Außer diesen besonders genannten Personen muß aber auch jedem Drittschuldner das Recht zur Anfechtung eingeräumt werden. Zwar hat der Drittschuldner nach §§ 372, 378 BGB. die materielle Befugnis, sich durch Hinterlegung zu befreien, trotzdem wird ihm die Möglichkeit nicht zu versagen sein, auch auf prozessualem Wege die Ungewißheit über die Person seines Gläubigers zu beseitigen, also die Aufhebung des seiner Ansicht nach zu Unrecht erlassenen Pfändungsbeschlusses herbeizuführen. Das Bedürfnis zu einem prozessualen Vorgehen wird auch allgemein anerkannt, nur darüber herrscht Streit, in welcher Weise der Drittschuldner die Unpfändbarkeit der Forderung geltend machen könne. Diese Frage führt zu der allgemeineren, welche Mittel überhaupt dem Anfechtungsberechtigten zur Verfügung stehen.

Für den Schuldner selbst kann von den verschiedenen Rechtsbehelfen, die bei unrechtmäßiger Zwangsvollstreckung zu seinem Schutze bestimmt sind, jedenfalls nicht in Betracht kommen die Vollstreckungsgegenklage des § 767. Denn diese stellt einen Angriff gegen den materiellen Anspruch dar, mit dem der Vollstreckungstitel in Widerspruch steht, die Geltendmachung der Unpfändbarkeit aber berührt den materiellen Anspruch auf Leistung überhaupt nicht, sondern richtet sich lediglich gegen die unzulässige Ausdehnung des Vollstreckungsanspruchs. Da ebensowenig eine Einwendung gegen die Zulässigkeit der Vollstreckungsklausel in Frage kommen kann, so verbleibt nur der Weg der Erinnerung gemäß § 766. Nur auf diesem Wege also kann der Schuldner

[6]) Vgl. Gaupp-Stein, § 811 III, Petersen-Anger, Note 3, OLG. Dresden, SächsOLG. 21, 275.

Digitized by Google

eine unter Nichtbeachtung der Pfändungsverbote erfolgte Pfändung anfechten. Daß unter § 766 nicht nur Erinnerungen gegen formelle Verstöße, sondern ebenso auch Einwendungen sachlicher Art fallen, geht aus der allgemein gehaltenen Fassung deutlich hervor, denn neben dem „Verfahren" ist die „Art und Weise der Zwangsvollstreckung" ausdrücklich erwähnt.[7])

Für die Person des Schuldners ist denn auch die Möglichkeit, nach § 766 vorzugehen, nirgends bestritten, wohl aber für anfechtungsberechtigte Dritte.[8]) Indessen, wenn man überhaupt einem Dritten ein Anfechtungsrecht zugesteht, muß man ihm auch den Weg des § 766 freigeben. Denn eine andere Möglichkeit für ihn, seine Interessen wahrzunehmen, ist nicht vorhanden. Insbesondere ist die Klage aus § 771[9]) ausgeschlossen, weil es sich nicht um ein die Veräußerung hinderndes Recht handelt. Ein solches Recht muß bereits außerhalb der Vollstreckung im materiellen Rechte begründet sein, während das hier in Rede stehende Anfechtungsrecht nicht materiellen Ursprungs ist und erst durch das Vollstreckungsverfahren hervorgerufen werden kann.[10]) Der Wortlaut des § 766 spricht jedenfalls nicht gegen die Anwendbarkeit auf Dritte, auch dem Sinne nach ist diese Vorschrift nicht auf den Schuldner persönlich zu beschränken.

Das Ergebnis ist also, daß die Anfechtung wegen Verletzung der Pfändungsverbote sowohl seitens des Schuldners als seitens der interessierten Dritten nur gemäß § 766 zu erfolgen hat.[11]) Hinsichtlich des Drittschuldners bei der Forderungspfändung ist, worauf schon oben hingewiesen wurde, besonders zu bemerken, daß

---

[7]) So auch die Kommentare, ferner RG. in JW. 89, 515[7], KG. in JJP. 14, 494, Kohler, Proz. als Rechtsverh. 123, Hellmann, Lehrb. 862, Richter 263, Pfizer, Anti-Seuffert 362, Conrad, Dissertation 24 (Pfändungsbeschränkungen 332), Haberstumpf, Dissertation 8, v. d. Horst, Dissertation 21, Paehler, Die Pfändung ungeernteter Früchte (Göttinger Dissertation 1895) 28.

[8]) So von Nessel in GruchotsBeitr. 28, 131, v. d. Horst, Dissertation 21, Struckmann-Koch.

[9]) Wie Struckmann-Koch es wollen.

[10]) Auf diese Frage wird unten (§ 14) noch näher eingegangen werden.

[11]) Wie hier Gaupp-Stein, Falkmann 374, 375 Anm. 9, Conrad, Dissertation 24 (Pfändungsbeschränkungen 332). Vgl. noch OLG. Hamm im Recht 8, 363.

Digitized by Google

er nicht neben § 766 noch die Möglichkeit hat, die Unpfändbarkeit einredeweise gegenüber der Klage des Pfandgläubigers geltend zu machen, vielmehr beim Vollstreckungsgerichte die Aufhebung des Beschlusses beantragen muß und im Prozesse sich nur auf dieses Anfechtungsverfahren berufen kann.

Mit diesen Darlegungen ist die Frage, welche Rechtsfolgen sich an die Verletzung der Pfändungsverbote knüpfen, nach allen Seiten erschöpft, jedoch mag im Anschlusse hieran noch eine Frage erörtert werden, die weit mehr als die eigentliche Hauptfrage zu lebhaften Diskussionen Verlassung gegeben hat, nämlich die, ob der Schuldner auf die Pfändungsverbote *verzichten* könne. Daß man nach dieser Richtung hin bisher keine Einigung zu erzielen vermochte, lag im wesentlichen daran, daß man diese Frage stets für sich allein betrachtet hat, während sie nur im Zusammenhange mit der Hauptfrage und nur dann, wenn man diese im Sinne der Anfechtbarkeit beantwortet, befriedigend gelöst werden kann.

§ 13.

d) *Verzicht des Schuldners.*

Eins kann jedenfalls als sicher gelten und mag als unbestritten vorangestellt werden. Wenn der Staat selbst dem Machtbereiche seiner Zwangsgewalt gewisse Schranken setzt, so schließt er damit eine *vertragsmäßige* Änderung dieser Grenzen *vor* Beginn der Zwangsvollstreckung unbedingt aus. Ein auf die Beseitigung der Pfändungsverbote gerichteter Vertrag würde zweifellos gegen § 138 BGB. — nicht nur gegen dessen allgemeinen Abs. 1, sondern meist wohl auch gegen Abs. 2 — verstoßen und daher nichtig sein.

Eine ganz andere Frage aber ist es, ob *einseitige* Erklärungen des Schuldners *während* des Zwangsvollstreckungsverfahrens auf die Durchführung der Pfändungsverbote von Einfluß sein können.

Diese Frage läßt sich nicht schon damit erledigen, daß man erklärt, die Vorschriften der §§ 811, 850 seien *öffentlichen Rechtes*, deshalb absolut zwingender Natur, deshalb auch unverzichtbar und der Parteinormierungsfreiheit überhaupt entzogen.[1])

[1]) Cretschmar, ArchZivPrax. 68, 461, Steidle, das. 77, 159, OLG. München, JJP. 3, 161, LG. I Berlin bei Lisiecki-Drewes 75.

Digitized by Google

Denn die in der Praxis zwar noch immer hier und da wiederkehrende Auffassung, daß alles öffentliche Recht absolut zwingend sei, darf wissenschaftlich heute doch als überwunden gelten. Die Gegensätze „absolutes und dispositives Recht" decken sich keineswegs mit den Gegensätzen „öffentliches Recht und Privatrecht". Ebenso wie es anerkanntermaßen im Privatrechte zwingende Rechtsnormen gibt, enthält unzweifelhaft auch das öffentliche Recht, und insbesondere das der ZPO., dispositive Rechtssätze.[2])

In der Regel sucht man denn auch den Ausschluß der Verzichtbarkeit damit zu begründen, daß die Pfändungsverbote im öffentlichen Interesse erlassen seien und daß der Parteiwille nicht die Kraft haben könne, das private Interesse des einzelnen über das Staatsinteresse zu stellen.[3]) Da aber nicht ausschließlich öffentliche Rücksichten maßgebend sind, sondern in gewissem Grade auch das persönliche Interesse des Schuldners den Ausschlag gibt, so hat man versucht, bei jeder einzelnen Ziffer der §§ 811 und 850 diese beiden Interessen gegeneinander abzuwägen und dort, wo das Staatsinteresse überwiegt, die Verzichtbarkeit auszuschließen, dort aber, wo das Schuldnerinteresse stärker hervortritt, die Verzichtbarkeit zuzulassen. Diese Methode mußte naturgemäß zu einer weitgehenden Zersplitterung der Ansichten und zu einer bedauerlichen Unsicherheit in der Rechtsprechung führen, da es an einem allgemein gültigen Kriterium für die Abschätzung der Interessen fehlt.[4])

Andere haben deshalb diese Unterscheidung verworfen, sie lassen das öffentliche Interesse unberücksichtigt und erklären sich in allen Fällen für die Zulässigkeit des Verzichts, allerdings unter der Einschränkung, daß dem Schuldner die Tragweite seines Verzichts zum Bewußtsein gekommen sein müsse. So verlangt man entweder

[2]) Es genügt, auf Bülows dispositives ZPrRecht zu verweisen. Zu § 811 im besonderen vgl. noch Rich. Schmidt, Lehrb. (1) 604 Note 5: „Die Eigenschaft einer Vorschrift als einer öffentlich-rechtlichen ist für die Verzichtbarkeit belanglos". (In der 2. Aufl. ist diese Bemerkung allerdings gestrichen.)

[3]) Fleisch im Handwörterbuche der Staatswissenschaften (2) VII 1089, OLG. Jena, ThürBl. 46, 224.

[4]) Eine Aufzählung im einzelnen erübrigt sich. Eine genaue Zusammenstellung gibt Burlage 65 ff., Conrad, Dissert. 23 Anm. 67 (Pfändungsbeschränkungen 331 Anm. 25).

Digitized by Google

eine „ausdrückliche" Erklärung des Schuldners[5]) oder sogar eine „in Kenntnis seines Rechtes abgegebene" Erklärung.[6]) Durch ein derartiges Einverständnis des Schuldners sollen die pfandfreien Gegenstände zu pfändbaren werden und der Gerichtsvollzieher einer selbständigen Prüfung der Pfandfreiheit überhoben sein.[7]) Für die allgemeine Zulassung der Verzichtbarkeit pflegt als Hauptgrund die Tatsache angeführt zu werden, daß der Schuldner nicht gehindert sei, sein Eigentum vertraglich zu veräußern oder zu verpfänden, deshalb müsse er es nach seinem Belieben auch dem Pfändungspfandrechte unterwerfen können.[8]) Es spielen also hier wiederum die gleichen Erwägungen hinein, die sich schon oben bei der Frage nach der Anfechtbarkeit geltend machten. Die Bedenken gegen die Verwertung rein materieller Gesichtspunkte sind jedoch hier ungleich stärker. Denn wenn ein Verzicht nur da möglich sein soll, wo privatrechtlich die Befugnis zu freier Verfügung besteht, so müßte er doch bei allen unpfändbaren Forderungen schlechthin ausgeschlossen sein, da diese durch Rechtsgeschäft weder übertragbar, noch verpfändbar sind (§§ 400, 1274 BGB.). Es erscheint aber überhaupt nicht angängig, von der materiellrechtlichen Veräußerungsbefugnis ohne weiteres auf die prozessuale Verzichtbarkeit zu schließen. Der sozialpolitische Gedanke, der den Prozeßvorschriften zugrunde liegt, konnte für das materielle Recht gar nicht durchgeführt werden, denn für den freien Verkehr müßte es zu einer unerträglichen Fessel werden, wenn die Veräußerung der unentbehrlichen Gegenstände untersagt würde, zumal es an jeder Kontrolle darüber fehlt, ob ein außerhalb des Haushalts zum Kaufe angebotenes Stück für den Veräußerer notwendig ist oder nicht. Daraus also, daß das materielle Recht nicht die Macht hat, den Willen des Schuldners zu überwinden, folgt noch nicht, daß das Prozeßrecht ebenso machtlos sei.

[5]) Haberstumpf, Dissertation 7, auch Richter 189 (allerdings nur für Nr. 1 bis 5 und 10 zu § 715 alt).

[6]) Gaupp-Stein § 811 I.

[7]) Haberstumpf a. a. O., Rich. Schmidt, Lehrbuch (1) 604 (die 2. Aufl. schweigt über die Frage des Verzichts), Struckmann-Koch, Bemerkung 12, LG. Cassel, JW. 13, 411, OLG. Breslau, Vollstr. Ztschr. 11, 144.

[8]) Gaupp-Stein § 811 I, Richter a. a. O., SächsOLG. 18, 66, OLG. Rostock, MecklZtschr. 14, 294.

Digitized by Google

Am wenigsten läßt sich die Ansicht aufrecht erhalten, daß der Gerichtsvollzieher bei einem Verzichte des Schuldners die an sich pfandfreien Sachen in die Vollstreckung ohne eigene Prüfung einbeziehen müsse. Es kann zwar, und das wird sehr häufig der Fall sein, die Erklärung des Schuldners, daß ihm dieser oder jener Gegenstand entbehrlich sei, dem Gerichtsvollzieher Veranlassung geben, den bezeichneten Gegenstand zu pfänden. Denn der Begriff der Entbehrlichkeit läßt sich im wesentlichen nur subjektiv bestimmen und der Schuldner wird am ehesten in der Lage sein, diese Bestimmung zu treffen, weil es ja auf seinen Bedarf ankommt. Indessen kann seine Meinung doch nicht unter allen Umständen maßgebend sein, sondern nur insoweit, als sie sich auch in objektiv erkennbaren Grenzen hält. Es liegt hier nicht anders, als auf den sonstigen Rechtsgebieten und die „verständige Würdigung des Falles", die aus § 119 BGB. hinlänglich bekannt ist, muß auch hier ihre Geltung beanspruchen. Die selbständige Prüfung durch den Gerichtsvollzieher nach seinem eigenen pflichtmäßigen Ermessen wird also durch die Erklärungen des Schuldners keineswegs überflüssig gemacht, der Verzicht darf wohl der amtlichen Feststellung als unterstützendes Moment zur Seite treten, er darf sie aber nicht gänzlich beiseite schieben und sich selbst an ihre Stelle setzen. Es bedarf doch wohl kaum der Begründung, daß ein Gerichtsvollzieher gegen seine Amtspflicht aufs gröblichste verstoßen würde, wenn er die gesamte Habe des Schuldners ohne Ausnahme pfänden wollte, nur weil ihm der Schuldner erklärt: „Sie können mir alles nehmen, ich brauche nichts und verzichte auf alle Rechte." Die Auffassung, daß der Schuldnerverzicht die selbständige amtliche Prüfung entbehrlich mache, erweist sich auch in den Fällen als unhaltbar, in denen die Pfandfreiheit zugleich im Interesse dritter Personen statuiert ist. Denn zweifellos ist der Gerichtsvollzieher verpflichtet, auf den Bedarf der Haushaltungsmitglieder, soweit es ihm erkennbar ist, unter allen Umständen Rücksicht zu nehmen, auch dann, wenn der Schuldner für seine Person einen Verzicht erklärt hat.[9])

[9]) Deshalb unzutreffend Petersen-Anger § 811 Bemerkung 3 a E., die bei Einwilligung des Schuldners Einwendungen Dritter nicht zulassen wollen.

Digitized by Google

Das Ergebnis kann also nur sein, daß auch durch eine ausdrückliche Verzichtserklärung des Schuldners vor oder bei der Pfändung die Pfändungsverbote nicht ihrer Wirksamkeit beraubt werden. Dennoch läßt sich nicht bestreiten, daß der Schuldner die Möglichkeit hat, sie trotzdem außer Kraft zu setzen, und zwar dadurch, daß er von seinem Anfechtungsrechte keinen Gebrauch macht. In dieser Form kann demnach auch ein Verzicht in Frage kommen, in dem Unterlassen des Protestes liegt stillschweigend die Erklärung, sich die Pfändung trotz des Verstoßes gegen § 811 gefallen zu lassen.[10]) Aber der Verzicht kann auch nur in dieser Form in die Erscheinung treten und deshalb ist der Schuldner trotz eines bei der Pfändung erklärten Einverständnisses nicht gehindert, das Anfechtungsrecht dennoch auszuüben.[11]) Denn die ausdrückliche Einwilligung kann für den Schuldner selbst ebensowenig bindend sein, wie für den Gerichtsvollzieher. Diese Regelung wird auch allein dem praktischen Bedürfnisse gerecht. Denn häufig genug wird sich der Schuldner erst nach der Pfändung der vollen Bedeutung der Pfändungsverbote bewußt werden, erst wenn der Versteigerungstermin und damit der Verlust der Pfandsachen nahe bevorsteht, genau erkennen, daß ihm doch dieser oder jener Gegenstand nicht entbehrlich ist. Außerdem würde es auch mit den allgemeinen prozessualen Grundsätzen unvereinbar sein, wenn bezüglich eines von Amts wegen zu berücksichtigenden Umstandes das Einverständnis einer Partei zum Verluste des ihr an sich zustehenden Rechtsmittels führen sollte.[12])

Auch in der vielumstrittenen Frage nach der Zulässigkeit des Verzichts kann man also, wie das Endergebnis zeigt, nur vermittels der Anfechtungslehre festen Boden unter den Füßen gewinnen. Durch dieses Resultat erledigen sich zugleich die Einwendungen, die Burlage gegen die Wirksamkeit eines Verzichts erhoben hat, insoweit wenigstens, als sie sich gegen die Zulassung einer bei der Pfändung abgegebenen Verzichtserklärung richten. Denn diese wird ja auch von dem hier vertretenen Standpunkt

[10]) So Weigelin 26, im Resultat auch übereinstimmend Planck 2, 722.

[11]) So auch Seuffert § 811 Note 1 a, der aber auffallenderweise annimmt, der Gerichtsvollzieher müsse bei Einverständnis des Schuldners pfänden.

[12]) Vgl. Hellmann, Lehrb. 862.

Digitized by Google

als unbeachtlich abgelehnt.[13]) Dagegen bedarf es noch einer kurzen Erwiderung auf diejenigen Ausführungen Burlages, die den Verzicht in jeder Form als unzulässig dartun sollen. Sie laufen darauf hinaus, daß § 811 eine Grenze für die Amtsgewalt des Gerichtsvollziehers bilde und diese von dem Schuldner nicht erweitert werden könne. Es sei undenkbar, daß die Überschreitung der Amtsbefugnisse durch den Gerichtsvollzieher die gleichen Rechtsfolgen hervorbringen könne, die bei einer rechtmäßigen Amtsausübung entständen.[14]) Gegen diese Argumentation spricht zunächst schon eine Erwägung allgemeiner Natur. Eine Überschreitung der Amtsbefugnisse ist auch bei der Tätigkeit des erkennenden Richters nicht ausgeschlossen, es wird z. B. ein Versäumnisurteil gegen den Beklagten erlassen, obwohl das tatsächliche mündliche Vorbringen des Klägers den Klagantrag nicht rechtfertigt, also unter Nichtbeachtung der ausdrücklichen Vorschrift im § 331. Trotzdem ist es nicht nur denkbar, sondern es ist gar nicht zu bezweifeln, daß dieses unrichtige Urteil die gleichen Rechtsfolgen hervorbringt, die ein rechtmäßig erlassenes Urteil nach sich zieht, sofern nämlich der Beklagte von seinem Rechte, das Urteil durch Einspruch anzufechten, keinen Gebrauch macht. Wenn man sich also auch für die Pfändungsverbote auf den Standpunkt der Anfechtbarkeit stellt ergibt sich die Parallele ohne weiteres. Sodann ist aber mit Rücksicht auf den besonderen Fall des § 811 gegen Burlage darauf hinzuweisen, daß die Grenzen für den Gerichtsvollzieher sich nicht nach absolut feststehenden und allgemein erkennbaren Merkmalen bestimmen, sondern auf der schwankenden Grundlage relativer Begriffe (entbehrlich, erforderlich usw.) ermittelt werden müssen. Ob wirklich eine Grenzüberschreitung stattgefunden hat, wird deshalb

---

[13]) Wenn Burlage — 75 Anm. 3 — es für einen „trostlosen Rechtszustand" hält, daß der Schuldner die Verzichtserklärung wieder zurücknehmen und Einwendungen gemäß § 766 erheben könne, so sind die Darlegungen des obigen Textes vielleicht geeignet, dieses Urteil zu berichtigen. Gerade das Gegenteil ist zutreffend, es wäre trostlos, wenn der Schuldner des § 766 beraubt sein sollte.

[14]) S. 71. Ihm folgt Conrad, Dissertation 15 (Pfändungsbeschränkungen 324). — Die späteren Ausführungen Burlages in DJZ. 3, 77 enthalten eine Wiederholung ohne neue Begründung. Gegen Burlage ist noch zu vergleichen die Besprechung von Schultzenstein, JJP. 19, 358.

Digitized by Google

nur in den wenigsten Fällen klar zutage liegen. Es handelt sich ja auch bei dem Verzicht in der allein als zulässig anzuerkennenden Form nicht darum, daß für den Gerichtsvollzieher durch die Erklärung des Schuldners alle Schranken in Wegfall kämen, sondern lediglich darum, daß die versehentlich über das Gesetz hinausgehende Vollstreckung durch Nichtwiderspruch des Schuldners rechtmäßig wird. Seinen Bedarf, seine Lebensführung will das Gesetz schützen, und deshalb hat es nichts Auffallendes, wenn ihm ein gewisses Mitbestimmungsrecht über den Umfang dieses Schutzes eingeräumt wird. Dieses tritt eben dadurch in die Erscheinung, daß er die Durchführung der Vollstreckung ohne Widerspruch geschehen läßt.

Zum Schlusse dieser Ausführungen über die Pfändungsverbote mag nochmals eine Konsequenz besonders hervorgehoben werden, auf die bereits oben hingewiesen wurde, die aber durch die letzten Auseinandersetzungen über die Verzichtbarkeit noch eine weitere Unterstützung erfahren hat, die Konsequenz nämlich, daß nach durchgeführter Vollstreckung die Möglichkeit ausgeschlossen ist, eine gegen §§ 811 oder 850 ff. verstoßende Pfändung in ihrer Rechtswirksamkeit in Zweifel zu ziehen. Insbesondere ist also eine Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung nicht für zulässig zu erachten. Denn sobald die Vollstreckung durch die Nichtausübung des Anfechtungsrechts vollwirksam geworden ist, kann nicht davon die Rede sein, daß der Gläubiger den Erlös ohne rechtlichen Grund erlangt habe. Zudem würde in allen den Fällen, in denen die Pfändungsverbote neben den Interessen des Schuldners auch diejenigen dritter Personen schützen sollen, in denen also mehrere Anfechtungsberechtigte vorhanden sind, die Frage, auf wessen Kosten der Gläubiger bereichert sei, nicht unerhebliche Schwierigkeiten bereiten.

Ganz besonders lebhaft indessen ist der Streit über die Bereicherungshaftung des Gläubigers auf einem anderen, sehr naheliegenden Gebiet entbrannt, auf dem aber ebenfalls, wie die nunmehr folgende Betrachtung zeigen wird, die Anfechtungstheorie allein zu befriedigenden Ergebnissen zu führen vermag.

Digitized by Google

5. Zugehörigkeit des Pfandobjekts zum Vermögen des Schuldners.

§ 14.

a) Rechte Dritter als sachliche Beschränkungen der Zwangsvollstreckung.

Schon aus dem Begriffe der Zwangsvollstreckung, eine für einen bestimmten Schuldner bestehende Verpflichtung zwangsweise zu verwirklichen, ergibt sich mit Notwendigkeit, daß von der Pfändung nur die Sachen ergriffen werden dürfen, die zum Vermögen dieses Schuldners gehören, und daß nicht über den Verpflichteten hinaus in die Rechtssphäre Dritter eingegriffen werden darf. Wenn nun die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Vermögen eine Eigenschaft wäre, an der man jede Sache im Rechtsverkehr ohne weiteres erkennen und unterscheiden könnte, so würde unzweifelhaft das Vorliegen dieser Eigenschaft zu einer positiven und formellen Voraussetzung für die Anwendung der staatlichen Zwangsgewalt gemacht worden sein und eine Verletzung von Rechten Dritter wäre so gut wie völlig ausgeschlossen. Eine solche äußerliche Erkennbarkeit aller an der Sache bestehenden Rechtsbeziehungen, das sog. Publizitätsprinzip, läßt sich jedoch lediglich für das Immobiliarrecht durchführen,[1]) bedeutet aber für das Recht der beweglichen Sachen, das für die vorliegenden Untersuchungen allein in Betracht kommt, schlechterdings eine Unmöglichkeit. Ein anderer Weg, auf dem die Rechtsordnung dem Erfordernisse Rechnung tragen könnte, daß nur das der freien Verfügung des Schuldners unterliegende Vermögen in die Vollstreckung einbezogen wird, wäre der, daß den Vollstreckungsorganen eine eingehende Prüfung dieser Rechtsfrage vor der Pfändung zur Pflicht gemacht würde. Aber auch dieser Weg erweist sich als ungangbar. Denn es liegt auf der Hand, daß einerseits eine derartige Regelung das seinem Wesen nach auf Schnelligkeit und Schneidigkeit angewiesene Vollstreckungsverfahren in unerträglicher Weise verlangsamen und abstumpfen müßte und daß andererseits die Entscheidung über die häufig recht verwickelten Rechtsbeziehungen nicht wohl den Gerichtsvollziehern überlassen werden könnte. Deshalb läßt es die

[1]) Vgl. § 17 ZVG.

Digitized by Google

ZPO. lediglich bei der nach äußeren Merkmalen verhältnismäßig leicht durchzuführenden Prüfung der tatsächlichen Verhältnisse bewenden und erhebt demgemäß im § 808 nur die Zugehörigkeit zu den im Gewahrsame des Schuldners befindlichen Sachen zur formellen Voraussetzung für das Einschreiten des Gerichtsvollziehers.

Damit ist also die rechtliche Verfügungsmacht des Schuldners über die Pfandsache zu einer rein negativen Bedingung, zu einer Pfändungsbeschränkung geworden. Es kann auch keinem Zweifel unterliegen, daß diese Beschränkung sachlicher Natur ist und sich auf den Umfang des Vollstreckungsanspruchs bezieht, nicht aber eine Schranke für das formelle Verfahren bildet. Denn der Gerichtsvollzieher würde form- und pflichtwidrig handeln, wenn er auf die Behauptung des Schuldners, daß die in seinem Gewahrsame befindlichen Sachen dem Rechte eines Dritten unterlägen, die Pfändung unterlassen wollte. Selbst dann, wenn dem Gerichtsvollzieher etwa ein Urteil vorgelegt wird, das eine frühere Pfändung der Sachen auf Grund des Widerspruchs eines Dritten für unzulässig erklärt hat, und wenn der Gerichtsvollzieher trotzdem diese Sachen jetzt nochmals pfändet, ist sein Vorgehen formell nicht zu beanstanden. Der Gerichtsvollzieher kann in einem solchen Falle sehr wohl mit der Möglichkeit rechnen, daß die Rechtsbeziehungen sich seit dem Erlasse jenes Urteils zugunsten des Schuldners geändert haben, und er handelt deshalb nur korrekt, wenn er lediglich den Gewahrsam des Schuldners berücksichtigt und den Dritten auf den Weg der Widerspruchsklage verweist. Man denke z. B. an die Fälle, in denen die Pfandsachen vom Schuldner auf Abzahlung gekauft sind und zur Zeit der früheren Intervention nur noch ein verhältnismäßig geringer Betrag rückständig war, der bei regelmäßiger Teilzahlung inzwischen beglichen sein kann. Es liegt also nicht ein formeller Verstoß des Vollstreckungsbeamten vor, wenn eine dem Schuldner nur tatsächlich, aber nicht rechtlich gehörige Sache gepfändet wird, sondern eine Überschreitung der dem Vollstreckungsrechte sachlich durch die Beschränkung auf die Rechtssphäre des Schuldners gezogenen Grenzen.

Die nahe Verwandtschaft dieser Pfändungsbeschränkung mit den Pfändungsverboten der §§ 811 f., 850 ff. zeigt sich insbesondere darin, daß auch sie bei der Vornahme der Pfändung nur dann

Digitized by Google

und nur insoweit von Amts wegen zu beachten ist, als sie offenkundig ist, daß sie im übrigen aber, also im Regelfalle, nach der Pfändung von dem Berechtigten besonders geltend gemacht werden muß. Ebenso wie es zu den Ausnahmen gehört, daß die Unpfändbarkeit einer Forderung schon bei der Stellung des Pfändungsgesuchs ersichtlich ist, kommt es auch nur selten vor, daß trotz des Schuldnergewahrsams die Zugehörigkeit einer Sache zu fremdem Vermögen offensichtlich ist. Als Beispiele würden etwa zu nennen sein die Bücher, die der Schuldner aus einer öffentlichen Bibliothek entliehen hat und die den amtlichen Stempel dieser Bibliothek tragen, oder die Waren, die sich in dem vom Schuldner betriebenen Frachtgeschäft als Transportgut befinden, oder die vom Schuldner benutzten Fernsprechapparate, die in der Regel Eigentum der Reichspostverwaltung bleiben. Hinzukommen würden noch die Fälle, in denen dem Gerichtsvollzieher das fremde Recht auf sonstige Weise „zuverlässig bekannt geworden" ist.[2]) Abgesehen von diesen Ausnahmen aber schreibt § 771 vor, daß der Dritte, der an der Pfandsache ein die Veräußerung hinderndes Recht für sich in Anspruch nimmt, dieses Recht im Wege der Widerspruchsklage zu verfolgen hat.

Damit ist schon zum Ausdrucke gebracht, daß es auch bei dieser Pfändungsbeschränkung, ehe sie zur Geltung gelangen kann, einer Anfechtung der Vollstreckung bedarf. Die Besonderheit gegenüber den bisher erörterten sachlichen Vollstreckungsbeschränkungen liegt lediglich darin, daß die Anfechtung nicht formlos durch Erinnerung nach § 766, sondern durch Klagerhebung zu erfolgen hat, aber dieser Unterschied ist rein äußerlicher Natur und erklärt sich aus der Verschiedenheit der zur Entscheidung stehenden Rechtsfragen. Ist aber erst eine Anfechtung gemäß § 771 notwendig, um die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung aussprechen zu lassen, so ergibt sich als weitere Schlußfolgerung, daß ohne Anfechtung die Pfändung als wirksam zu gelten hat, ganz ebenso wie bei den übrigen Pfändungsbeschränkungen. Im Gegensatze zu diesem Standpunkte wird jedoch in Literatur und Praxis allgemein die Pfändung fremder Sachen ohne weiteres als nichtig angesehen.[3])

[2]) Vgl. PrGeschAnw. f. Gerichtsvollzieher § 57 Nr. 2.

[3]) Alle Kommentare, RG. 22, 270, 26, 101 vor allem 40, 290, ferner in SeuffA. 46 Nr. 36, OLG. Posen daselbst 56 Nr. 198, Stübel, DJZ. 9, 684.

Digitized by Google

Die Inkonsequenzen der herrschenden Meinung liegen indessen gerade auf diesem Gebiete offen zutage. So ist namentlich allgemein anerkannt, daß der Schuldner und jeder nicht zum Widerspruch berechtigte Dritte die Pfändung unbedingt zu respektieren hat, auch wenn er genau weiß, daß die Sachen fremdes Eigentum sind. Der Schuldner insbesondere hat nicht einmal die Möglichkeit, aus eigenem Rechte gegen die Pfändung der ihm nicht gehörigen Sachen auf zivilprozessualem Wege vorzugehen,[4]) und er würde sich zweifellos strafbar machen, wenn er etwa die bei ihm gepfändeten Sachen unter Ablösung der Pfandsiegel dem Drittseigentümer übergeben wollte. Ebensowenig könnte — was bei Annahme einer absoluten Nichtigkeit doch wohl zulässig sein müßte — ein Gläubiger D. dieses Dritteigentümers C. die bereits von dem Gläubiger A. bei dem Schuldner B. gepfändeten Sachen nachträglich auch für sich pfänden lassen. Denn eine Anschlußpfändung ist unmöglich, weil die dazu erforderliche Identität des Schuldners fehlt, und eine Pfändung nach § 809 ist deshalb ausgeschlossen, weil der Erstschuldner B. über die Pfandsachen nicht mehr verfügen, sich also auch nicht mit rechtlicher Wirksamkeit zu ihrer Herausgabe bereit erklären kann.

Alle diese Tatsachen, daß

1. die Pfändung nach § 771 angefochten werden muß,
2. nicht der Schuldner und nicht jeder Dritte, sondern nur die im § 771 aufgeführten Drittberechtigten zur Anfechtung befugt sind,
3. bis zur Rechtskraft des Urteils, welches auf die Anfechtung hin die Unzulässigkeit der Pfändung ausspricht, die Pfändung gesetzlichen Schutz genießt, insbesondere in strafrechtlicher Beziehung,

sprechen also gegen die Annahme, daß die Vollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige Sache absolut und ipso jure nichtig sein müßte. Die Stellungnahme des Gesetzes tritt hier sogar noch klarer hervor, als bei den Pfändungsverboten.

Um trotzdem die Lehre der Nichtigkeit wenigstens in dem Sinne aufrecht zu erhalten, daß der Vollstreckungsgläubiger im

[4]) Auch nicht etwa nach § 766. Vgl. RG. 42, 343, Gaupp-Stein und Petersen-Anger zu § 766.

Digitized by Google

Verhältnisse zum Dritteigentümer niemals ein Recht an der fremden Sache erlangen könne, will man der Pfändung, solange sie nicht angefochten worden ist, lediglich eine rein formelle Wirkung zuschreiben, also nur das, was Riehl und Petschek Verstrickung[5]) nennen, bestreitet aber nahezu einhellig, daß von einer materiellen Wirksamkeit und von der Entstehung eines Pfandrechts die Rede sein könne. Die materiellrechtliche Unwirksamkeit erscheint sogar den meisten als eine so unerschütterlich feststehende Wahrheit, daß sie davon als selbstverständlich ohne nähere Begründung ausgehen.[6]) Wenn aber ein Grund angegeben wird, so ist es allein der, daß der Pfändungsgläubiger sich nicht auf die Vorschriften des bürgerlichen Rechtes zugunsten desjenigen berufen könne, der Rechte von einem Nichtberechtigten herleite, also bei der Pfändung beweglicher Sachen insbesondere nicht auf den § 1207 BGB. Zutreffend ist allerdings dieser § 1207 dahin auszulegen, daß er sich nur auf ein durch Rechtsgeschäft erworbenes Pfandrecht bezieht.[7]) Bedenklich jedoch muß es schon erscheinen, diesen Satz dahin zu verallgemeinern, daß er als Grundsatz für das gesamte Gebiet des materiellen Rechtes uneingeschränkte Geltung habe. Denn § 366 Abs. 3 HGB. stellt ausdrücklich das gesetzliche Pfandrecht des Kommissionärs, Spediteurs, Lagerhalters und Frachtführers hinsichtlich des Schutzes des guten Glaubens einem durch Vertrag erworbenen Pfandrechte gleich. Aber diese Sondervorschrift mag auf sich beruhen bleiben, soviel steht jedenfalls fest, daß in Ermangelung eines ausdrücklichen Gesetzesbefehls die Bestimmungen über den gutgläubigen Erwerb zur Entscheidung der Frage nach der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Pfändungspfandrechts nicht herangezogen werden können.

Damit ist jedoch die Frage noch keineswegs gelöst. Denn die Anerkennung der Tatsache, daß eine materielle Bestimmung über Pfandrechtsbegründung auf die Pfändung fremder Sachen nicht

---

[5]) Vgl. oben S. 69.

[6]) Nach Wolff, Die Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige bewegliche Sache (Sonderabdruck aus der Festgabe für Hübler) S. 4 ist dies „heute zweifellos". — Auch Ortmann, ArchZivPrax. 96, 19 glaubt sich die Begründung dieser These „aufsparen" zu können.

[7]) Vgl. die Kommentare und Lehrbücher zum BGB.

Digitized by Google

anwendbar ist, schließt durchaus nicht etwa von selbst den Satz in sich, daß in diesem Falle die Entstehung eines Pfandrechts überhaupt ausgeschlossen sein müßte. Schon wiederholt, namentlich zuletzt bei der Darstellung der Pfändungsverbote, wurde darauf hingewiesen, wie verfehlt eine derartige einseitige Auffassung ist, welche an alle prozeßrechtlichen Erscheinungen ausschließlich den materiellrechtlichen Maßstab anlegen und das Prozeßrecht nur insoweit als wirksam ansehen will, als es sich mit dem materiellen Rechte in Einklang befindet. Es wurde bereits gezeigt, wie wenig diese Anschauung dem selbständigen Wesen des Prozeßrechts gerecht wird, das sich häufig genug stärker erweist, als das materielle Recht. Gerade auf dem Gebiete des Pfändungspfandrechts hat es sich sogar durch die Vorschrift des § 810 in bewußten Gegensatz zu jenem gesetzt. Denn § 810 erklärt ausdrücklich die Pfändung der vom Boden noch nicht getrennten Früchte für zulässig, obwohl nach bürgerlichem Rechte an ihnen ein Pfandrecht nicht denkbar ist, da sie als Bestandteil des Grundstücks nicht Gegenstand besonderer Rechte sein können (§§ 93, 94 BGB.). Der von Riehl[8]) unternommene Versuch, selbst diesen offenbaren Gegensatz zu beseitigen, nämlich bis zur Trennung der Früchte nur eine prozessuale Verstrickung anzunehmen, ein materielles Pfandrecht aber erst dann entstehen zu lassen, „wenn die Früchte bei oder nach der Trennung in die bona des Exequenden gelangen," scheitert rettungslos an dem klaren Wortlaute des Gesetzes, das ausdrücklich schon im Augenblicke formell ordnungsmäßiger Pfändung (§ 804) das Pfändungspfandrecht entstehen läßt. Es zeigt sich also im Falle des § 810 in besonders markanter Weise, daß das Prozeßrecht durchaus die Macht hat, die Voraussetzungen für das Entstehen des Pfändungspfandrechts völlig unabhängig vom materiellen Rechte, ja selbst im Widerspruche zu dessen obersten Grundsätzen und lediglich mit Rücksicht auf den praktischen Vollstreckungszweck frei zu bestimmen. Es ist eine Verkennung der Tatsachen, die prozessualen Vorschriften den materiellen unterordnen zu wollen und ihnen ihre

[8]) A. a. O. 63. — Dagegen bes. Stein in ZHR. 36, 391 und Schultzenstein, ZZP. 13, 493. Auch Rich. Schmidt, Lehrb. (2) 933 f. betont mit Recht, daß das Prozeßrecht die Voraussetzungen des Pfändungspfandrechts völlig unabhängig vom materiellen Rechte normiert hat.

Digitized by Google

selbständige Bedeutung abzusprechen. Es entscheidet vielmehr gerade umgekehrt in erster Linie das Prozeßrecht darüber, ob ein Vollstreckungspfandrecht zur Entstehung gelangen kann oder nicht, und das materielle Recht kann sich nur insoweit zur Geltung bringen, als ihm vom Prozeßrecht auf die Begründung oder den Fortbestand des Pfandrechts ein Einfluß eingeräumt ist. Während es durch § 810 bei der Vollstreckung in ungetrennte, also auch nicht im Eigentume des Schuldners stehende Früchte gänzlich ausgeschaltet ist, soll es bei der Vollstreckung in andere dem Schuldner nicht gehörige Sachen nur bei dem eigentlichen Pfändungsakte unberücksichtigt bleiben, aber nachträglich die Wirksamkeit des Pfändungspfandrechts wieder beseitigen können, sofern es auf dem prozeßrechtlich allein zugelassenen Wege des § 771 geltend gemacht wird. Denn wenn das Gesetz den Widerspruch des Grundeigentümers gegen die Pfändung der in seinem Eigentum, aber im Pachtbesitze des Schuldners stehenden Feldfrüchte überhaupt und ohne Einschränkung versagt, so ist nicht einzusehen, warum es den Widerspruch des Eigentümers beweglicher im Gewahrsame des Schuldners befindlicher Sachen, wenn es ihn schon zuläßt, nicht wenigstens nach Form und Frist einer Einschränkung sollte unterwerfen können. Um die Vollstreckungswirkungen, zu denen in erster Linie die Entstehung eines wirksamen Pfandrechts gehört, zu beseitigen, genügt eben weder die Existenz eines materiellen, die Veräußerung durch den Schuldner hindernden Rechtes für sich allein, noch eine beliebige Art seiner Geltendmachung, sondern es kann nur soweit und nur so lange Berücksichtigung finden, als es die Grundlage für das prozessuale Widerspruchs- oder Anfechtungsrecht des § 771 abzugeben imstande ist.

In einer Beziehung hat sich dieser Satz auch bereits Anerkennung zu verschaffen gewußt, nämlich im Falle der Konfusion, wenn nachträglich der Erwerb des Eigentums durch den Schuldner, sei es durch Erbfall, sei es durch Erfüllung der aufschiebenden Bedingung eintritt. In solchem Falle an der Nichtigkeit festzuhalten und die Heilung des Mangels zu leugnen, würde für die Praxis geradezu unerträglich sein, denn da die Veränderung sich regelmäßig in einer für den Gläubiger nicht erkennbaren Weise vollzieht, so käme er entweder gar nicht oder doch viel zu spät in die

Digitized by Google

Lage, von neuem eine Pfändung in die nun dem Schuldner gehörenden Sachen vornehmen zu lassen. Es hat sich denn auch insofern das Reichsgericht für die Konvaleszenz entschieden[9]) und damit, so sehr es auch weitere Konsequenzen zu umgehen und zu verbergen trachtet, die Nichtigkeitslehre bereits preisgegeben. Es hat also der Gläubiger, obwohl die von ihm gepfändeten Sachen zur Zeit der Pfändung dem Schuldner nicht gehörten, durch den späteren Eigentumserwerb des Schuldners in unanfechtbarer Weise ein Pfandrecht erlangt, ohne daß es einer nochmaligen Pfändung bedurfte. Diese Konvaleszenz ergibt sich aus dem Wegfalle des Anfechtungsrechts, aus der Unmöglichkeit seiner Ausübung, das materielle Recht ist nicht mehr imstande, einem Widerspruch aus § 771 zur Grundlage zu dienen. Von diesem Ergebnis aus ist es nur noch ein Schritt, um dem Fortfalle des Widerspruchsrechts aus anderen, ebenfalls in der Person des Berechtigten liegenden Gründen die gleiche Wirkung zuzuerkennen.

Denn wenn auch in den praktisch weitaus häufigsten Fällen der Drittberechtigte von seinem Widerspruchsrechte Gebrauch macht, so kommt es daneben doch auch vor, daß ein Widerspruch absichtlich unterlassen wird. Ein solcher Fall liegt z. B. dann vor, wenn ein naher Verwandter des Schuldners, der diesen vor weiteren Zwangsmaßregeln des Gläubigers schützen will, aber nicht imstande ist, durch Barzahlung die Schuld zu decken, sich ausdrücklich damit einverstanden erklärt, daß die gepfändeten Sachen, obwohl in seinem Eigentum und nicht in dem des Schuldners stehend, dennoch zwecks Befriedigung des Gläubigers versteigert werden. Es handelt sich bei dieser Sachlage nicht etwa um eine Übertragung des Eigentums auf den Schuldner — die einseitige Erklärung des Dritten könnte ja auch den Schuldner nicht zum Eigentümer machen, sodaß noch immer die Pfandgegenstände für ihn fremde Sachen wären, — ebensowenig handelt es sich um ein Aufgeben des Eigentums, um eine Dereliktion, sondern es liegt ein Verzicht auf das Anfechtungsrecht vor, also eine Erscheinung, wie sie in ähnlicher Weise schon bei den Pfändungsbeschränkungen des § 811 zu beobachten war. Für die Zulässigkeit eines derartigen Verzichts des Dritteigentümers darf verwiesen werden auf die Tatsache, daß

[9]) RG. 60, 72.

Digitized by Google

sich auch bei Bestellung eines vertraglichen Pfandrechts eine gleiche Situation ergeben kann, die vom materiellen Rechte anerkannt wird. Denn wenn jemand eine ihm nicht gehörige Sache seinem Gläubiger zum Pfande übergibt — und zwar, wie unterstellt werden muß, unter Darlegung der Eigentumsverhältnisse, um die Annahme einer Gutgläubigkeit auf seiten des Pfandnehmers auszuschließen, — und wenn der Eigentümer zu dieser Verfügung gleichzeitig oder nachträglich seine Zustimmung erteilt, so ist gemäß § 185 BGB. eine wirksames Pfandrecht entstanden. Es stehen keine Bedenken entgegen, die Vorschrift des § 185 BGB. auf das Pfändungspfandrecht entsprechend zur Anwendung zu bringen. Eine Verfügung im Wege der Zwangsvollstreckung ist zwar im § 185, im Gegensatz zu § 184 BGB., nicht ausdrücklich erwähnt, aber trotzdem liegt ein zwingender innerer Grund, aus dieser Nichterwähnung ein argumentum e contrario herzuleiten, nicht vor. Einen inneren Grund führt auch das Reichsgericht bei Ablehnung der hier vertretenen Auffassung nicht an, sondern begnügt sich lediglich mit dem Hinweis auf den Wortlaut des § 185 und mit der Anführung von Neumann.[10]) Es hat dabei jedoch unbeachtet gelassen, daß die Motive[11]) ausdrücklich bemerkt haben: „Den Verfügungen, welche der Beteiligte selbst vornimmt, stehen diejenigen gleich, welche, wie bei der Zwangsvollstreckung und Arrestvollziehung, aus seinem Rechte erfolgen. Wenn dies in einzelnen Fällen im Interesse der Deutlichkeit besonders hervorgehoben ist, so darf daraus für andere Fälle kein gegenteiliger Schluß gezogen werden." Bei dieser klar ausgesprochenen Absicht des Gesetzgebers hätte es also einer besonderen Begründung für den „gegenteiligen Schluß" bedurft und diese ist das Reichsgericht schuldig geblieben.[12]) In

[10]) RG. 60, 72.

[11]) 1, 128.

[12]) Übrigens wird durch die späteren Ausführungen des RG. (73) der zuerst ausgesprochene Satz wieder in Zweifel gezogen. Das RG. gibt zu, daß die Pfändung fremder Sachen „vom Gesetze nicht für unzulässig erklärt" und daß deshalb die Möglichkeit einer Konvaleszenz gegeben sei. Es stellt auch die Konvaleszenz für den Fall fest, daß der Schuldner später das Eigentum erwirbt, (s. oben) und bemerkt ferner: „Ob von diesem Standpunkt aus auch anzunehmen ist, daß die gleichzeitige oder nachträgliche Genehmigung der an einer dem Schuldner nicht gehörigen Sache vorgenommenen Pfändung durch

Digitized by Google

der Literatur wird denn auch überwiegend mit dem Ausdrucke „Verfügung" der weitere Begriff verbunden.[13]) Sonach wird jedenfalls die Ansicht einem begründeten Zweifel nicht unterliegen können, daß durch die ausdrückliche Zustimmung des Eigentümers die Anfechtung ebenfalls ausgeschlossen und also auch auf diesem Wege die ursprünglich mangelhafte Pfändung zu einer fehlerlosen und vollgültigen gemacht werden kann, und zwar gemäß § 184 BGB. mit rückwirkender Kraft.

Ist aber einmal dieser Punkt gewonnen, so wird man dabei nicht stehen bleiben, sondern in gleicher Weise sowohl eine stillschweigende Genehmigung, einen stillschweigenden Verzicht auf die Ausübung des Anfechtungsrechts für wirksam erachten, als auch die Nichtausübung des Anfechtungsrechts überhaupt dem Verzichte gleichstellen können. Man denke z. B. an den Fall, daß der Dritte, der das Eigentum an den gepfändeten Gegenständen für sich in Anspruch nimmt, bei der Vornahme der Pfändung selbst zugegen ist und von dem Gerichtsvollzieher ausdrücklich darüber belehrt wird, in welcher Form er sein angebliches Recht geltend zu machen hat, daß er aber trotzdem die Erhebung der Widerspruchsklage unterläßt. Soll man diesem Dritten nun wirklich gestatten, noch nach Jahren gegen den Gläubiger aufzutreten und ihm entgegenzuhalten, er habe kein Pfandrecht besessen, sei also ungerechtfertigt bereichert und zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet? Das würde doch nur eine Belohnung der Nachlässigkeit bedeuten und der Schikane Tor und Tür öffnen. Wer weiß, daß sein Eigentum auf dem Spiele steht, — denn das Eigentum

---

den Eigentümer das Wirksamwerden des Pfandrechts hervorruft, kann dahingestellt werden." Dieses Wirksamwerden durch Genehmigung, das hiernach nicht ausdrücklich hat verneint werden sollen, könnte sich aber doch, ebenso wie das durch späteren Eigentumserwerb des Schuldners eintretende, nur gemäß § 185 BGB. vollziehen.

[13]) Für § 185 BGB. ausdrücklich von Wolff a. a. O. 6, Freund, Der Eingriff in fremde Rechte als Grund des Bereicherungsanspruchs (Leonhardt, Studien zur Erläuterung des bürgerlichen Rechtes, Heft 7) 36. Hierher sind aber auch alle diejenigen zu rechnen, die § 816 BGB. auf Verfügungen im Zwangsvollstreckungswege beziehen, obwohl auch dort nur von Verfügung im allgemeinen die Rede ist. Vgl. die Zusammenstellungen bei Wolff Anm. 3 und bei Oertmann, ArchZivPrax. 96, 13 f.

Digitized by Google

geht mit der Versteigerung auf den gutgläubigen Ersteher über — und dennoch dem Untergange seines Rechtes untätig zusieht, kann sich über die ihm nachteiligen Folgen wahrlich nicht beklagen und kann nicht verlangen, daß ein anderer ihn dafür entschädigen soll. Der Gläubiger andererseits hat keine Veranlassung, lediglich auf die Erklärung des Widerspruchs gegenüber dem Gerichtsvollzieher von der Vollstreckung Abstand zu nehmen, er kann vielmehr, wenn dieser Erklärung nicht die Klage folgt, mit gutem Grunde annehmen, daß die Behauptung des Dritten entweder überhaupt unbegründet ist oder daß der Dritte die gerichtliche Verfolgung seines Rechtes für aussichtslos hält und deshalb auf den Widerspruch verzichten will. Die Annahme eines stillschweigenden Verzichts dürfte bei einem solchen Verhalten des Dritten wohl ohne weiteres gerechtfertigt sein und es muß dann auch dieselbe Folge eintreten, wie bei der ausdrücklich erklärten Zustimmung, der Widerspruchsberechtigte geht mit der Beendigung der Vollstreckung seines Rechtes gegen den Gläubiger verlustig und dieser hat ein unanfechtbares Pfandrecht erworben.

Die Annahme des Verzichts läßt sich aber nicht nur in diesem einen Falle etwa ausnahmsweise rechtfertigen, sondern geht auf den allgemeinen Grundsatz zurück, daß die Unterlassung der Abwehr da, wo die Abwehr ausdrücklich vom Gesetze zur Pflicht gemacht ist, einem Sich-Fügen, einem Dulden gleichzusetzen ist. Damit ist ein einheitliches Kriterium für alle Fälle gegeben, die Tatsache des Unterlassens allein entscheidet, auf die Beweggründe kommt es nicht an. Es kann also keinen Unterschied machen, ob der Dritte, der die Widerspruchsklage nicht erhoben hat, damit bewußt und absichtlich sein wohlbegründetes Recht hat preisgeben wollen, etwa um den Schuldner vor den Folgen des Offenbarungseides zu schützen, oder ob er die vorhandenen Beweismittel nicht für ausreichend gehalten und nur deshalb vom Prozeß Abstand genommen hat oder ob er endlich erst zu spät von der Pfändung erfahren und deshalb die Klage nicht mehr rechtzeitig vor Beendigung des Vollstreckungsverfahrens hat anstellen können, in jedem Falle muß er die Tatsache der Unterlassung des Widerspruchs gegen sich gelten lassen. Der zuletzt erwähnte Fall könnte freilich Bedenken erregen. Man wird einwenden, der Anfechtungsberechtigte könne doch zum Handeln

Digitized by Google

so lange nicht für verpflichtet gehalten werden, solange er nicht von dem Anfechtungsgrunde, von dem durch die Pfändung erfolgten Eingriff in sein Recht, Kenntnis erlangt habe, und deshalb könne in einem solchen Falle sein Nichthandeln auch nicht der Zustimmung oder dem Verzichte auf den Widerspruch gleichgesetzt werden. Aber dieser Einwand greift nicht durch. Denn daß der Eigentümer ohne Kenntnis von der Pfändung bleibt, ist nur dann möglich, wenn entweder der Schuldner es unterläßt, ihm rechtzeitig Mitteilung zu machen, oder wenn der Eigentümer ohne Wissen des Schuldners seinen Aufenthalt gewechselt hat. Es muß aber von jedem, der seine Sache fremden Händen anvertraut, verlangt werden, daß er seinem Schuldner ausdrücklich als vertragliche Verpflichtung vorschreibt, ihn unverzüglich von einer Gefährdung seines Eigentums zu benachrichtigen, und daß er auch selbst die nötigen Vorkehrungen trifft, um den Empfang einer solchen Nachricht zu gewährleisten. Wer also in diesen Beziehungen nachlässig und sorglos verfährt, hat die Nichtkenntnis des Vollstreckungseingriffs durch eigenes Verschulden herbeigeführt, und daß er dann seines Widerspruchsrechts verlustig geht, ist in einem solchen Falle ebensowenig als ungerechtfertigt zu bezeichnen, wie in dem Falle, wenn jemand weiß, daß er bis spätestens zum Versteigerungstermine die Widerspruchsklage erhoben haben muß, aber aus Unachtsamkeit und Nachlässigkeit den Termin vergißt und sich erst nach Wochen wieder auf sein Recht besinnt. Die Rechtsordnung, welche dem tatsächlichen Verhältnis des Besitzes eine solche Macht einräumt, daß es eine Eigentumsvermutung mit ihm verknüpft (§ 1006 BGB.), macht es eben dadurch dem nichtbesitzenden Eigentümer in erhöhtem Maße zur Pflicht, für den Schutz seines Eigentums die peinlichste Sorgfalt zu verwenden. Und selbst in dem äußersten Falle, wenn den Eigentümer nicht unmittelbar ein Vorwurf trifft, sondern der Schuldner das in ihn gesetzte Vertrauen getäuscht und pflichtwidrig trotz ausdrücklicher Vertragsbestimmung die rechtzeitige Benachrichtigung von der Pfändung unterlassen hat, sodaß die Erhebung der Widerspruchsklage unmöglich ist, selbst dann kann es keineswegs als unbillige Härte erscheinen, wenn man dem Eigentümer die Verfolgung seines Rechtes gegenüber dem Gläubiger versagt und ihn mit seinen Ersatzansprüchen lediglich an den Schuldner

Digitized by Google

verweist, wenn also die Folgen seiner Vertrauensseligkeit ihm selbst, und nicht dem Gläubiger zur Last fallen. Es bleibt ja in dem analogen Falle, in dem der Schuldner seiner Vertragspflicht zuwider eine Verfügung über die ihm anvertraute Sache nicht nur geschehen läßt, sondern selbst vornimmt, im Falle der rechtsgeschäftlichen Veräußerung oder Verpfändung an einen gutgläubigen Dritten, dem Eigentümer auch keine andere Möglichkeit, als sich an den Schuldner allein zu halten. Mit derselben Berechtigung, wie bei der Verpfändung kann also sehr wohl bei der Pfändung einer fremden Sache dem Eigentümer gleichfalls der Satz entgegengehalten werden „Wo einer seinen Glauben gelassen hat, muß er ihn wieder suchen!“ [14])

Beachtenswert, namentlich aus praktischen Gründen, dürfte aber auch noch folgende Erwägung sein. Wollte man wirklich die bedeutsame Frage, ob infolge Nichterhebung der Widerspruchsklage die Konvaleszenz des Pfändungspfandrechts eingetreten ist oder nicht, je nach dem Beweggrunde, der für den Dritteigentümer maßgebend war, bald in diesem und bald in jenem Sinne beantworten, so würde damit ein kaum noch kontrollierbares Element in die Entscheidung hineingetragen werden. Denn es müßte dann in jedem Falle sowohl die Kenntnis des Eigentümers von der Pfändung, als auch sein etwaiger Verzichtswille einer Prüfung unterzogen werden, bei beiden würde es sich also um rein innere Vorgänge handeln, deren Beweis erfahrungsgemäß den erheblichsten Schwierigkeiten unterliegt. Auch aus diesem Gesichtspunkte empfiehlt es sich deshalb, nur die äußerlich erkennbare und unschwer festzustellende Tatsache, daß die Widerspruchsklage nicht erhoben ist, als das allein entscheidende Merkmal anzusehen und auf diese Weise zu dem einheitlichen Ergebnisse zu gelangen, daß die Pfändung, die einem Widerspruch aus § 771 nicht mehr unterliegt, dem Gläubiger ein unanfechtbares und vollwirksames Pfandrecht verschafft.[15])

[14]) Dieser Grund ist für die Anfechtungslehre bereits von Staub in JW. 88, 201 ff. angeführt worden, Staub hatte allerdings die allgemeine Grundlage der sachlichen Beschränkungen des Vollstreckungsrechts noch nicht verwertet. — Im Ergebnis übereinstimmend auch der während des Druckes erschienene Aufsatz von Francke, Die Entstehung des Pfandrechts an gepfändeten Sachen, ZZP. 36, 308.

[15]) Dieses Ergebnis läßt zugleich, da es sich im § 771 lediglich um die

Digitized by Google

Zum Schlusse muß nur in Kürze noch ein von Ortmann erhobener Einwand zurückgewiesen werden, nämlich der, daß durch § 806 die Anfechtungslehre „rettungslos zu Boden geschlagen würde".[16]) Allerdings rechnet § 806 mit Mängeln im Rechte des Gläubigers, setzt also die Möglichkeit voraus, daß die Unwirksamkeit des Pfändungspfandrechts unter Umständen auch die Beendigung des Vollstreckungsverfahrens überdauern könne. Aber diese Möglichkeit einer absolut unwirksamen Pfändung wird ja auch in der vorliegenden Darstellung nicht geleugnet, nur kann eine solche Nichtigkeit nicht bei sachlichen, sondern allein bei formellen Mängeln eintreten. Beim Vorhandensein der letzteren ist also noch genügend Raum für die Anwendung des § 806 und der von Ortmann konstruierte Widerspruch besteht in Wahrheit nicht.[17])

Von dem so entwickelten Standpunkte der Anfechtungstheorie aus ist auch bereits die Frage beantwortet, die praktisch bei der Zwangsvollstreckung in eine dem Schuldner nicht gehörige Sache die größte Rolle spielt und erst neuerdings wieder einen lebhaften Streit der Meinungen hervorgerufen hat, die Frage nach der Bereicherungshaftung des Gläubigers. Die Antwort kann nach dem Voraufgegangenen nur verneinend ausfallen. Denn wenn der pfändende Gläubiger infolge Nichtausübung des Anfechtungsrechts ein wirkliches und wirksames Pfandrecht erlangt hat, so entfällt damit die wichtigste Voraussetzung jeder Bereicherungsklage, der Mangel des rechtlichen Grundes. Bei dieser Lösung werden auch alle die Schwierigkeiten umgangen, die bei den bisherigen Versuchen aufgetaucht sind. Es braucht nicht erörtert zu werden, ob § 816 BGB. Anwendung finden könne oder nicht vielmehr § 812, es kann also hier ganz dahingestellt bleiben, ob von einer „Verfügung" des Gläubigers oder des Schuldners gesprochen werden kann. Vor

Geltendmachung des prozessualen Anfechtungsrechts handelt, den Charakter der Klage aus § 771 als einer selbständigen prozeßrechtlichen Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit des Pfändungsaktes — also die schon bisher insbesondere von Gaupp-Stein (zu § 771) Petersen-Anger, Planck 2, 707, Flechtheim, ZZP. 25, 428, Kohler, ZZP. 29, 15 vertretenen Auffassung — besonders deutlich hervortreten.

[16]) ArchZivPrax. 96, 21.

[17]) Diesen Punkt übersieht auch Wolff, a. a. O. 5, bei seiner Kritik des Ortmannschen Einwandes.

Digitized by Google

allem aber wird die bedenkliche Konstruktion vermieden, vermittels deren man den Gläubiger als bereichert hinzustellen sucht.

Gerade dieser letztere Punkt ist in der Diskussion besonders hervorgehoben worden, um zu zeigen, daß praktisch die herrschende Lehre zu schweren Schädigungen für den Gläubiger führen muß. Denn auf seiner Seite kann eine Bereicherung nur unter der Voraussetzung angenommen werden, daß er trotz Vereinnahmung des Versteigerungserlöses seinen Anspruch an den Schuldner behalten habe. Nur auf diese Weise würde ein Vermögenszuwachs eingetreten sein, während sonst der Gewinn des Erlöses durch den Verlust der ursprünglichen Forderung ausgeglichen sein würde. Andererseits hat der Gläubiger aber bei Beendigung der Vollstreckung dem Schuldner Quittung erteilt und ihm den Schuldtitel ausgehändigt.[18]) Er müßte also zunächst auf Rückgabe dieser Urkunden klagen, eventuell sich noch eine zweite vollstreckbare Ausfertigung erteilen lassen,[19]) über deren Berechtigung vielleicht erst mit dem Schuldner prozessieren, und wäre dann darauf angewiesen, von neuem bei dem Schuldner zu pfänden, und zwar im Regelfalle natürlich ohne Erfolg. Ja, es könnte sogar, wenn sich nunmehr im Gewahrsame des Schuldners wiederum Sachen desselben Dritteigentümers befinden, das gleiche Spiel sich nochmals wiederholen und das Ergebnis wäre lediglich eine ständig wachsende Kostenlast für den Gläubiger. Die Härte gegenüber dem Gläubiger wird außerdem noch dadurch gesteigert, daß er erst dann gegen den Schuldner von neuem soll vorgehen können, wenn er auf die Klage des Dritten diesem die Bereicherung herausgegeben hat, daß er also, solange der Dritte keine ernstlichen Schritte zur Verfolgung seines angeblichen Anspruchs getan hat, völlig im ungewissen bleibt. Es ist dies eine Folge der herrschenden, insbesondere vom Reichsgerichte[20]) vertretenen Meinung, wonach die

[18]) Vgl. § 754.

[19]) Staub a. a. O. 205.

[20]) RG. 40, 288, Jacobi 166, Wolff, Der Bereicherungsanspruch des Widerspruchsberechtigten nach beendigter Zwangsvollstreckung (Greifswalder Dissertation 1897) 18, 37, Jacobi, in der Festgabe für Gneist (1888). Vgl. dagegen Freund 31, 32. — Die weiteren Ausführungen Wolffs (insbesondere S. 22) bewegen sich übrigens ebenso wie die Kofflas, Magazin 8, 167, teilweise in Widersprüchen, wenn gesagt wird, daß die Zahlung „an sich" als Tilgung

Digitized by Google

Forderung zwar zunächst gemäß § 819 untergegangen, dann aber infolge Herausgabe des Erlangten wieder aufgelebt wäre.

Die Inkonsequenz dieser Auffassung hat denn auch neuerdings dazu geführt, daß man sich der Meinung zuzuwenden beginnt, der Anspruch gegen den Schuldner sei endgültig untergegangen und da dieser Verlust das Äquivalent für die Erlangung des Erlöses sei, so sei der Gläubiger nicht bereichert.[21]) So nennt Örtmann nicht mit Unrecht die Annahme des Wiederauflebens, des Erlöschens unter auflösender Bedingung „eine bare, aus den Gesetzen nicht zu entnehmende Willkür".[22]) Gilt — so führt er aus — die Empfangnahme des Erlöses als Zahlung von seiten des Schuldners gemäß § 819, so muß sie auch die der Zahlung nach materiellem Rechte zukommende befreiende Wirkung zwischen Gläubiger und Schuldner haben (§ 362 BGB.) und zwar unbedingt, und auch Dritte müssen diese Befreienswirkung gelten lassen.[23]) Der Fall liegt in der Tat genau so, als wenn der Schuldner die ihm anvertraute Sache veräußert und mit dem Erlöse den Gläubiger bezahlt hätte. Niemand wird im letzteren Falle daran zweifeln, daß durch diese Zahlung der Schuldner dem Gläubiger gegenüber befreit ist, denn obwohl die Zahlung nur auf Kosten des fremden Eigentums ermöglicht ist, so bleibt sie doch im Verhältnisse zwischen Gläubiger und Schuldner Erfüllung des Forderungsrechts und als solche muß sie auch von dem Dritten respektiert werden. Sonst müßte man ja auch hier annehmen, daß der Gläubiger auf Kosten des Dritten bereichert sei, während die Bereicherung doch nur auf seiten des Schuldners eingetreten ist, und zwar durch die Befreiung von seiner Schuld, die er nicht aus eigenen Mitteln gedeckt hat. Folgt man dieser Auffassung,[24]) so entfällt allerdings damit die Anwendung des § 812 BGB., ob aber auch die des § 816 BGB., das ist, wie Örtmann selbst zugibt,[25]) nicht zweifellos. Denn § 816 BGB. spricht allgemein von Herausgabe des Erlangten, nicht von

gewirkt und der Dritte „an sich" keinen Schaden gelitten habe, daß aber „bei Insolvenz" des Schuldners der Gläubiger grundlos bereichert sei.

[21]) Örtmann, ArchZivPrax. 96, 44, Seuffert, Kommentar § 771 Note 3c.

[22]) A. a. O. 56.

[23]) A. a. O. 44.

[24]) Auch sie ist bereits von Staub a. a. O. vertreten.

[25]) A. a. O. 38.

Digitized by Google

Herausgabe der Bereicherung, und deshalb ist die Ansicht denkbar und auch bereits vertreten, daß es gar nicht darauf ankäme, ob der Gläubiger durch Befreiung des Schuldners einen Vermögensverlust erlitten habe.[26])

Danach kommt es also im letzten Grunde doch wieder darauf hinaus, ob der Erlös ungerechtfertigt erlangt ist oder nicht, und in dieser Hinsicht hat Örtmann aus materiellrechtlichen Gesichtspunkten den Nachweis zu führen gesucht, daß der Gläubiger nur „suum recepit", nur das erhalten habe, was er habe beanspruchen können. Er habe es „zwar nicht aus dem Vermögen des Schuldners erhalten, aber doch in einer mit der unzweideutigsten Bestimmtheit hervorgetretenen Beziehung auf seinen Anspruch, sozusagen „nomine debitoris". Eine solche Beziehung genüge, um auch den aus fremdem Vermögen erlangten Erwerb unanfechtbar zu machen."[27]) Das Interessante bei diesen Ausführungen ist, das Örtmann damit, so sehr er den rein materiellrechtlichen Standpunkt betont, in Wahrheit doch auf dem von ihm so lebhaft bekämpften prozessualen angelangt ist, nämlich bei der Annahme eines wirksamen — durch Nichtanfechtung wirksam gewordenen — Pfandrechts. Denn wenn der Gläubiger erstens — nach Örtmann — mit dem Abschlusse des Vollstreckungsverfahrens in wirksamer und unanfechtbarer Weise das erhalten hat, was er auf Grund seines Vollstreckungstitels zu beanspruchen hatte, und wenn er zweitens — nach dem Gesetze — es nur erhalten konnte vermittels des Zwischenstadiums des Pfändungspfandrechts, so ist aus diesen beiden Prämissen unabweisbar der Schluß zu ziehen, daß auch das Pfändungspfandrecht wirksam und unanfechtbar geworden sein muß. Es läuft also im wesentlichen lediglich auf einen Unterschied in der theoretischen Bezeichnung hinaus, während dem Ergebnis und dem Sinne nach die Örtmannsche Ansicht mit der hier vertretenen übereinstimmt. Nur dürfte die Örtmannsche Formulierung, namentlich die Wendung „sozusagen nomine debitoris," weniger zur Klärung geeignet sein, als die auf einen allgemeinen prozessualen Grundgedanken zurückzuführende und bei allen sachlichen Vollstreckungsbedingungen gleichmäßig zu verwertende Anfechtbarkeitstheorie. Die

[26]) Zitate bei Örtmann a. a. O. 38.

[27]) Ebenda, ihm folgt Seuffert.

Digitized by Google

letztere ermöglicht auch allein eine Gleichstellung aller derjenigen Dritten, denen auf Grund eines anderen die Veräußerung hindernden Rechtes, abgesehen von dem bisher ausschließlich betrachteten Eigentumsrechte, die Anfechtung aus § 771 zusteht. - Gerade bei der Frage, ob auch solchen Drittberechtigten die Bereicherungsklage gewährt werden soll, muß die herrschende Auffassung auf die erheblichsten Schwierigkeiten stoßen, während sich vom Standpunkte der Anfechtung ohne weiteres ihre Verneinung ergibt.

Die großen praktischen Vorzüge der Ansicht, welche eine Bereicherungshaftung des Gläubigers ausschließt, sind schon von verschiedenen Seiten, zuletzt auch von Örtmann[28]) gebührend hervorgehoben, zudem oben bereits mehrfach berührt worden, so daß an dieser Stelle ein kurzer abschließender Hinweis genügen dürfte. Nur bei Versagung der Bereicherungsklage wird der Gläubiger vor unbilliger Härte geschützt, die ihm während 30 Jahren das mit Mühe Erlangte wieder zu entreißen droht, um ihn auf ein erfolgloses Vorgehen gegen den Schuldner zu verweisen. Andererseits kann sich der Drittеigentümer nicht über ungenügenden Rechtsschutz beklagen. Er ist bei unrechtmäßiger Pfändung wenigstens durch die Interventionsklage in den Stand gesetzt, sein Eigentum zu wahren, während die Verpfändung an einen Gutgläubigen ihm lediglich die Klage gegen den Schuldner eröffnet. Es kann also nicht als unerträglich bezeichnet werden, wenn ihm dieser letztere Weg auch bei Unterlassung oder Versäumung des Widerspruchs allein offen stehen soll. Mit dem Anspruch an den vermögenslosen Schuldner ist zwar dem einen so wenig geholfen, wie dem anderen, es kommt aber darauf an, wer von beiden schutzbedürftiger ist, und diese Frage ist unbedingt zugunsten des Gläubigers zu entscheiden. Dem Gläubiger steht auch das Gesetz zur Seite, welches formell nur an den äußerlich erkennbaren Besitzstand anknüpft, während es materiell dem Drittеigentümer zur Pflicht macht, selbst für den Verbleib seines Eigentums zu sorgen und seinen Glauben da zu suchen, wo er ihn gelassen hat. Es ist endlich vom rein praktischen Standpunkte noch darauf hinzuweisen, daß gerade die Interventionsansprüche oft von Personen verfolgt

[28]) A. a. O. 51 ff. — Vgl. Staub und Freund a. a. O.

Digitized by Google

werden, die nur vorgeschoben sind, um die Sachen des Schuldners dem Zugriffe der Gläubiger zu entziehen, und daß es nichts weniger als angebracht ist, solchen betrügerischen Manipulationen auch noch durch Zulassung der Bereicherungsklage Vorschub zu leisten. Das Wesentlichste bleibt aber, daß sichere und geordnete Rechtszustände, die nicht noch auf lange Zeit hinaus zu Zweifeln und Ungewißheit Anlaß geben, nur erreicht werden können, wenn mit der Beendigung des Vollstreckungsverfahrens jede Möglichkeit der Anfechtung auf Grund von Rechten Dritter entfällt.

Voraussetzung bei der bisherigen Erörterung war jedoch überall, daß die fremden Sachen gutgläubig gepfändet waren. Liegt dagegen auf seiten des Gläubigers ein Verschulden vor, bezeichnet er z. B. selbst die zu pfändenden Gegenstände, obwohl er weiß oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt wissen müßte, daß diese dem Schuldner nicht gehören, so ist der Tatbestand des § 823 BGB. erfüllt und auch die Versteigerung würde den Dritten nicht hindern, Schadensersatz vom Gläubiger beanspruchen zu können.[29]) Hierher sind insbesondere auch die Fälle zu zählen, in denen ein gemeinschaftliches Handeln von Gläubiger und Schuldner zum Nachteile des Dritten vorliegt. Der Schuldner unterläßt die Anzeige an den Eigentümer, gibt dagegen dem Gläubiger Kenntnis von dem wahren Sachverhalte, dieser überzeugt sich auch von der Berechtigung des Dritten, dennoch vereinbaren beide, daß die Sachen schon vor Ablauf der einwöchigen Frist des § 816 versteigert werden, und schädigen auf diese Weise absichtlich den Dritten. Dieser hat dann zwar das Anfechtungsrecht verloren, nicht aber das Recht auf Schadensersatz aus unerlaubter Handlung.

Verschieden hiervon gestaltet sich die Rechtslage, wenn nicht den Gläubiger selbst ein Verschulden trifft, sondern den Gerichtsvollzieher. Derartige Fälle werden allerdings verhältnismäßig selten eintreten, insbesondere wird eine Fahrlässigkeit nur schwer festzustellen sein, da fremde Rechte nicht ohne weiteres erkennbar zu sein pflegen, wie schon oben hervorgehoben wurde. Hat aber der Gerichtsvollzieher schuldhaft gehandelt, so kann jedenfalls nicht

[29]) Vgl. Gaupp-Stein § 771 VII 4, Seuffert § 771, 3c, Örtmann a. a. O. 57, OLG. Hamburg, Rspr. 3, 10.

Digitized by Google

der Gläubiger dafür haftbar gemacht werden, denn selbst wenn man annimmt, daß er infolge des Vollstreckungsauftrags den Gerichtsvollzieher zur Verrichtung der Pfändung bestellt habe, so würde er doch unter allen Umständen aus § 831 BGB. exkulpiert sein, da er zu dieser Verrichtung gar keinen anderen auswählen konnte, als den zuständigen Vollstreckungsbeamten. Die Ansicht Falkmanns, daß das Verschulden des Gerichtsvollziehers ipso jure als Verschulden des Gläubigers zu gelten habe,[30]) beruht auf einer falschen Voraussetzung. Falkmann glaubt sie nämlich durch den Hinweis auf § 166 BGB. begründen zu können, während diese Vorschrift sich nur auf rechtsgeschäftliche Willenserklärungen bezieht, eine solche aber bei Vornahme der Pfändung nicht in Frage steht.[31]) Es kann also nur der Gerichtsvollzieher selbst als Ersatzpflichtiger in Betracht kommen. Dabei ist freilich nicht zweifellos, ob ihm die Amtspflicht auch gegenüber diesem Dritten oblag, wie § 839 BGB. voraussetzt,[32]) und ferner, ob nicht nach Abs. 3 daselbst die Ersatzpflicht wegfällt, wenn der Dritte die Erhebung der Widerspruchsklage verabsäumte.[33])

Zum Schlusse bleibt noch die Frage kurz zu berühren, ob den Gläubiger auch dann ein Verschulden trifft, wenn ihm von dem angeblichen Recht des Dritten nachträglich Anzeige gemacht ist, er

---

[30]) S. 287.

[31]) Die von Falkmann für seine Ansicht angeführten RG.-Entscheidungen (39, 160, JW. 95, 543) berühren die Frage des Schadensersatzes überhaupt nicht. Sie lassen nur nach früherem Hamburger Rechte, nach dem der gute Glaube des Gläubigers für die Entstehung des Pfändungspfandrechts von Bedeutung war, den Gläubiger für den bösen Glauben des Gerichtsvollziehers haften. — Auch nach Gaupp-Stein, § 771 VII 4, macht die Kenntnis des Gerichtsvollziehers den Gläubiger nicht ersatzpflichtig.

[32]) Falkmann 289 bejaht diese Frage. Man wird dem mit Rücksicht darauf zustimmen können, daß der Gerichtsvollzieher verpflichtet ist, die Pfändung der erkennbar Dritten gehörigen Sachen von Amts wegen zu unterlassen.

[33]) Die Beantwortung dieser Frage hängt davon ab, ob der Ausdruck „Rechtsmittel" in Abs. 3 des § 839 im technischen Sinne aufzufassen ist oder im weiteren Sinne gleich Rechtsbehelf. Die letztere Auffassung wird als zutreffend anzusehen sein, wie denn auch schon dem Worte „Urteil" im Abs. 2 desselben § 839 BGB. die herrschende Meinung mit Recht einen weiteren Begriff als den eigentlich technischen untergelegt hat. (Vgl. darüber besonders Schneider im ArchZivPrax. 91, 209 ff.)

Digitized by Google

aber trotzdem die Versteigerung bewirkt. Soweit es sich lediglich um die Mitteilung handelt, die der Schuldner bei der Pfändung dem Gerichtsvollzieher gemacht hat, oder um eine bloße Freigabeaufforderung des Dritten ohne irgendwelche Substanziierung, kann der Gläubiger derartige Behauptungen unbeachtet lassen. Zweifelhaft dagegen ist, wieweit er eine Substanziierung verlangen kann, und ob der Dritte verpflichtet ist, sein Recht glaubhaft zu machen. Grundsätzlich wird eine förmliche Glaubhaftmachung nicht erforderlich sein, sondern es wird genügen, wenn der Dritte Grund und Beweismittel angibt, um dem Gläubiger die Prüfung seines Anspruchs zu ermöglichen. Ob diese Unterlagen aber genügten, um dem Gläubiger bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt die Überzeugung von dem Rechte des Dritten zu verschaffen, das kann nur von Fall zu Fall entschieden werden.[34])

§ 15.

b) Pfändung einer dem Gläubiger selbst gehörigen Sache.

Wenn nach dem Ergebnisse der bisherigen Untersuchungen nicht das Eigentum des Schuldners als eine positive Voraussetzung zu betrachten ist, sondern im negativen Sinne die Nichtzugehörigkeit zum Vermögen des Schuldners als eine besonderer Geltendmachung bedürfende Beschränkung, so muß von selbst auch die weitere Frage auftauchen: Ist diese Negative allein entscheidend und kommt es auf die Person des Berechtigten dabei nicht an, kann also ein wirksames Pfandrecht auch dann entstehen, wenn die gepfändete Sache nicht im Eigentum eines Dritten, sondern in dem des Gläubigers selbst steht?

Die Frage ist wiederholt praktisch geworden bei den häufigen Verkäufen unter Vorbehalt des Eigentums bis zur vollständigen Bezahlung des Preises, insbesondere bei den sogen. Abzahlungsgeschäften. Die Inhaber der Möbelleihgeschäfte haben schon des

[34]) Vgl. Oertmann a. a. O. 58. — Die Frage taucht in gleicher Weise auf, wenn es sich darum handelt, ob der nach Klagerhebung freigebende Gläubiger Anlaß zur Klage gegeben hat oder nicht. Sie wird in der Praxis noch immer in sehr verschiedenem Sinne beantwortet (vgl. Gaupp-Stein § 771 Note 48 ff.). Eine eingehende Behandlung an dieser Stelle würde zu weit vom Thema wegführen.

Digitized by Google

öfteren den Versuch gemacht, ihre eigenen, noch nicht voll bezahlten Möbel bei dem Schuldner pfänden zu lassen. Für die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens hat sich neuerdings Immerwahr sehr lebhaft ausgesprochen.[1]) Dennoch ist die Frage unbedingt zu verneinen.

Es mag allerdings zugegeben werden, daß wirtschaftliche Gründe die Annahme einer Pfändung von „Leihmöbeln" als wünschenswert erscheinen lassen. Die Sachen werden meist infolge der Abnutzung oder Beschädigung zu geschäftlichen Zwecken nicht mehr vorteilhaft zu verwenden sein und es wird oft dem Gläubiger günstiger erscheinen, nur die Forderung auf Zahlung der fälligen Raten geltend zu machen und zu deren Befriedigung die Möbel versteigern zu lassen, anstatt sie zurückzunehmen. Bei einer Versteigerung würde sich ihm auch der weitere Vorteil bieten, daß er die Sachen selbst erstehen könnte, und zwar, wie in der Regel bei zwangsweisen Verkäufen, unter dem wahren Werte, und daß sich infolgedessen bei einer Weiterveräußerung noch Gewinn erzielen ließe. Aber diese Umstände, so erwünscht sie auch in vielen Fällen für den Gläubiger sein mögen, können dennoch nicht dahin führen, den Begriff des Pfandrechts als eines Rechtes an fremder Sache preiszugeben. Es ist zwar richtig, daß das moderne Verkehrsbedürfnis bereits für das materielle Recht verschiedene von den „altersgeweihten" Prinzipien durchbrochen hat, aber die von Immerwahr angeführten Beispiele sind nicht beweiskräftig für die Behauptung, daß dies auch beim Pfandrecht geschehen sei. Die Eigentümerhypothek kann jedenfalls zur Analogie nicht herangezogen werden, denn sie erklärt sich lediglich aus den besonderen Einrichtungen des Grundbuchrechts, dessen Rechtsformen sich auf das Recht der beweglichen Sachen schlechterdings nicht übertragen lassen. Und selbst wenn man sie — was nicht mit Unrecht bestritten ist[2]) — als eine wirkliche Hypothek auffaßt, so gewährt sie dem Eigentümer doch sicherlich nicht die Befugnis, die Vollstreckung in sein eigenes Grundstück zu verlangen.[3]) Insofern spricht dieses Beispiel also weit eher gegen als für Immerwahr. Indessen scheint ein

[1]) DJZ. 05, 597.

[2]) Vgl. darüber Planck, Vorbemerkung vor § 1113 BGB., 3, 513.

[3]) Vgl. §§ 1197, 1177 Abs. 2 BGB.

Digitized by Google

Pfandrecht an eigener Sache durch § 1256 BGB. anerkannt, wonach das Pfandrecht, wenn es mit dem Eigentum in derselben Person zusammentrifft, als nicht erloschen gilt, soweit der Eigentümer ein rechtliches Interesse an dem Fortbestehen des Pfandrechts hat. Aber auch diese Bestimmung läßt sich für die von Immerwahr vertretene Auffassung nicht verwerten. Abgesehen von der auf eine Fiktion hinweisenden Fassung („gilt") kommt in Betracht, daß § 1256 sich nur auf das Erlöschen des Pfandrechts bezieht, nicht dagegen auf dessen Entstehung. Es wird vorausgesetzt, daß das Pfandrecht an fremder Sache begründet und erst nachträglich vom Gläubiger das Recht an der Pfandsache erworben ist. Lediglich dieser Ausnahmefall ist geregelt, sodaß eine ausdehnende Interpretation der für ihn allein getroffenen Vorschrift unzulässig erscheint. Vielmehr muß durch argumentum e contrario gefolgert werden, daß das bürgerliche Recht den originären Erwerb eines Pfandrechts an eigener Sache grundsätzlich mißbilligt.[4])

Auch das Handelsrecht hat den gleichen Standpunkt bisher noch nicht verlassen. Insbesondere gibt § 398 HGB. dem Kommissionär, wenn er Eigentümer des Kommissionsgutes ist, nicht gleichzeitig ein Pfandrecht, sondern es gewährt ihm in diesem Falle, abweichend von § 397, nur ein Recht auf Befriedigung, „nach Maßgabe der für das Pfandrecht geltenden Vorschriften."[5]) Endlich kann — ebenfalls auf handelsrechtlichem Gebiete liegend — auch das sogen. irreguläre Pfandrecht an Wertpapieren nach § 2 DepotG. v. 5. Juli 1896 nicht zugunsten der Immerwahrschen Ansicht herangezogen werden. Denn bei diesem trifft Eigentum und Pfandrecht gar nicht in einer Person gleichzeitig zusammen, sondern der Gläubiger erwirbt das Eigentum an den verpfändeten Stücken, sofern er von der Verfügungsbefugnis Gebrauch macht, und hat andere gleichartige Stücke aus seinem Eigentume zurückzugewähren. Im Augenblicke des Eigentumserwerbes erlischt also das Pfandrecht. In ähnlicher Weise liegen die Rechtsverhältnisse auch bei den Geldkautionen. Die Kaution wird zwar zur Sicherheit übergeben, das

[4]) So auch OLG. Bamberg in SeuffA. 58 Nr. 66. Grundmann, Das Pfandrecht an der eigenen Sache nach gem. u. bürg. Recht (Leipz. Dissertation 1904) 38.

[5]) Vgl. auch Grundmann 45.

Digitized by Google

Geld geht aber sofort in das Eigentum des Gläubigers über und es entsteht demgegenüber nur die Verpflichtung zur Rückgewähr der gleichen Summe nach Tilgung der gesicherten Schuld, in Wahrheit ist also auch hier nur das Eigentumsrecht und nicht zugleich ein Pfandrecht begründet. Die sämtlichen von Immerwahr angeführten Gründe versagen also vollständig.

In der Praxis ist aber noch auf einem anderen Wege der Versuch gemacht worden, die Pfändung der dem Gläubiger selbst gehörigen Sachen als zulässig zu konstruieren. Man deduziert nämlich, der Gläubiger lasse dadurch, daß er den Gerichtsvollzieher ausdrücklich beauftrage, seine eigenen Sachen zu pfänden, hinreichend erkennen, daß er das Eigentum an diesen Sachen zugleich mit dem Erwerb des Pfandrechts aufgeben wolle.[6]) Diese Konstruktion sucht also im Gegensatze zu Immerwahr das gleichzeitige Bestehen von Eigentum und Pfandrecht zu vermeiden. Auch sie ist zwar nicht ohne weiteres als annehmbar zu bezeichnen, weist aber doch auf die Möglichkeit hin, durch die allein die Schwierigkeit behoben werden kann. Auszugehen ist davon, daß in der Erklärung, das Eigentum aufgeben zu wollen, jedenfalls nicht ein Verzicht nach § 959 BGB. erblickt werden darf, denn der Gläubiger will sich gar nicht derart von der Sache lossagen, daß sie nunmehr herrenlos werden und beliebiger Aneignung freistehen sollte. Vielmehr will er nur dem Schuldner gegenüber sein Eigentum aufgeben und diesen zum Eigentümer machen. Dazu reicht aber seine einseitige Erklärung nicht aus, sondern es müßte eine Einigung nach § 929 BGB. stattfinden, also eine Annahmeerklärung seitens des Schuldners erfolgen. Liegt demnach der Fall tatsächlich so, daß der Schuldner auf Erfordern des Gerichtsvollziehers sich mit dem Eigentumsübergang ausdrücklich einverstanden erklärt, dann steht der Pfändung der Sachen nichts im Wege, dann ist aber eben auch nicht eine dem Gläubiger gehörige Sache gepfändet, denn sie gehört im Augenblicke der Pfändung nicht mehr ihm, sondern dem Schuldner. Es ist jedoch wenigstens der vom Gläubiger beabsichtigte Zweck auf diese Weise erreicht worden. Nur ist nochmals besonders zu betonen, daß ohne die ausdrückliche Zustimmung des

[6]) Vgl. LG. I Berlin GBZ. 05, 126 u. 06, 7. Dagegen LG. Altona daselbst 04, 191 u. Käb in SeuffBl. 68, 453.

Digitized by Google

Schuldners, ohne den von ihm erklärten Eigentumserwerbswillen, das Ziel nicht erreichbar ist. Die Möglichkeit, daß der Gläubiger durch einseitige Erklärung an die Stelle seines bisherigen Eigentums für sich ein Pfandrecht setzen könnte, also ohne den Schuldner vorher zum Eigentümer gemacht zu haben, ist ausgeschlossen. Eine solche Möglichkeit ist auch nicht etwa aus dem Begriffe des Eigentums zu entnehmen, als desjenigen Rechtes, das gegenüber dem Pfandrechte sich als das umfassendere darstellt. Denn daraus folgt nicht, daß der Eigentümer befugt wäre, auf den — wie man vielleicht sagen könnte — überschießenden Teil zu verzichten, um den Rest, das Pfandrecht, allein zu behalten. Die zeitliche Aufeinanderfolge ist auch nicht die, daß der Gläubiger zuerst das Pfandrecht erwirbt und dann auf das nun entbehrlich erscheinende Eigentum verzichtete, sondern er muß zunächst das Eigentum zugunsten des Schuldners aufgeben und kann dann erst Pfandgläubiger werden. Auch die Annahme des Eigentumsverzichts kann deshalb in Wahrheit niemals zur Pfändung der eigenen Sache führen.

Schließlich sei noch bemerkt, daß selbst der zuletzt beschriebene Weg, dem Schuldner zuvor das Eigentum zu übertragen und dann zu pfänden, für den Gläubiger nicht immer vorteilhaft ist, denn es bleibt dabei zu berücksichtigen, daß im Momente des Eigentumserwerbes durch den Schuldner, sobald es sich um Sachen handelt, die in eine Mietwohnung eingebracht sind, auch das gesetzliche Vermieterpfandrecht entsteht.[7]) Da dieses also dem Pfändungspfandrechte zeitlich vorgehen würde, so würde der Gläubiger in Wirklichkeit seine Rechtslage, statt sie zu verbessern, wesentlich verschlechtern, nicht er, sondern der Vermieter als tertius gaudens hätte den Nutzen der Operation. Als praktisch kann demnach auch dieses theoretisch allein einwandsfreie Verfahren kaum bezeichnet werden.

Das Resultat bleibt aber in jedem Falle, daß man zu einer Verneinung der eingangs gestellten Frage gelangen muß, von welcher Seite aus man sie auch betrachten mag.

Mit den Berechtigungen Dritter an dem gepfändeten Gegenstande im Sinne des § 771 ist nunmehr der Kreis der sachlichen Vollstreckungsbeschränkungen geschlossen. Sie beruhen, wie rückblickend nochmals festzustellen ist, sämtlich auf dem einheitlichen

[7]) § 559 BGB. Vgl. noch RG. 60, 73.

Digitized by Google

Grundgedanken, daß zugunsten des Schuldners und derjenigen dritten Personen, die wirtschaftlich an dem im Gewahrsam des Schuldners befindlichen Vermögen interessiert sind, eine mißbräuchliche Anwendung des staatlichen Zwanges vermieden werden soll. Bei der Begrenzung des Vollstreckungsrechts *seinem sachlichen Umfange nach* handelt es sich also in allen Fällen um den Schutz *persönlicher Interessen*. Deshalb ist auch allen als schutzwürdig anerkannten Beteiligten einerseits zwar die Möglichkeit gewährt, einer etwaigen Überschreitung der Grenzen zu widersprechen, andererseits aber muß von ihnen verlangt werden, daß sie unverzüglich ihre Rechte wahrnehmen, solange sich die Wirkungen der Pfändung noch beseitigen lassen, es kann nicht mit Rücksicht auf die zur Zeit der Vollstreckung vorhandene persönliche Interessenlage der Vollstreckungserfolg noch nach Jahren in Frage gestellt werden.

Den Gegensatz bildet das Interesse, welches der *Staat* daran hat, daß die *Ordnung des Zwangsverfahrens* sich stets in den gleichen, bestimmt vorgeschriebenen Formen vollzieht, denn die Kontrolle über Einhaltung der formellen Schranken darf nicht dem Belieben einer Partei überlassen bleiben. Deshalb muß um dieses staatlichen Interesses willen bei den formellen Verstößen auch die Tatsache, daß ein Widerspruch innerhalb des Verfahrens nicht erhoben ist, eine wesentliche andere Beurteilung erfahren, als bei den sachlichen Mängeln. Es sind also nunmehr die formellen Bedingungen der Pfändung im einzelnen zu betrachten.

B. Die formellen Bedingungen.

I. Die formellen Voraussetzungen.

1. Die den Prozeßvoraussetzungen des Erkenntnisverfahrens analogen allgemeinen Verfahrens-Voraussetzungen.

§ 16.

a) Die Zwangsvollstreckung als prozessuales Verfahren.

Die Durchführung des staatlichen Zwanges erfolgt in einem gerichtlichen Verfahren, das in der Prozeßordnung geregelt, aber seiner Natur und seinem Zwecke nach besonders gestaltet ist und gegenüber dem eigentlichen Prozeßverfahren, dem Erkenntnisverfahren, erhebliche Abweichungen zeigt. Denn es setzt der Regel nach erst ein, wenn jenes bereits beendet ist, und während es sich bei jenem

Digitized by Google

um streitige Rechtsverhältnisse handelt und eine Entscheidung über die künftige Rechtslage zwischen den Parteien erst herbeigeführt werden soll, dient die Zwangsvollstreckung dazu, einen Zustand zu schaffen, welcher der Rechtslage, so wie sie sein soll, auch tatsächlich entspricht, sie setzt also voraus, daß diese in gewisser Form bereits klargestellt ist.

Sobald trotzdem nachträglich wiederum Streit darüber entsteht, was zwischen den Parteien Rechtens sein soll, so ist dieser nicht innerhalb des Vollstreckungsverfahrens zu entscheiden, sondern er muß, wie § 767 beweist, ebenfalls wieder in einem den gewöhnlichen Normen unterliegenden Erkenntnisverfahren zum Austrag gebracht werden.

Die wichtigste Folge dieses Charakters der Zwangsvollstreckung als Rechtsverwirklichung, nicht Rechtsentscheidung, und infolgedessen der wichtigste Unterschied gegenüber dem Erkenntnisverfahren ist der Mangel der kontradiktorischen Verhandlung.[1]) Hiervon abgesehen aber stimmen beide doch in den sonstigen Grundzügen im allgemeinen überein. So spielt sich auch das Vollstreckungsverfahren zwischen 2 Parteien ab, die jedoch nach der Ausdrucksweise des Gesetzes nicht Kläger und Beklagter, sondern Gläubiger und Schuldner heißen, und das Prozeßverhältnis zwischen diesen Parteien und dem Vollstreckungsorgan entsteht mit dem Vollstreckungsantrage des Gläubigers, ebenso wie das Prozeßverhältnis des Erkenntnisverfahrens mit der Klagerhebung.

Soweit also in diesen Beziehungen die gleichmäßige Behandlung der beiden Verfahrensarten vom Gesetz überhaupt beliebt worden ist, ergibt sich auch eine Analogie in den wesentlichsten formellen Voraussetzungen, vor allem also hinsichtlich der Parteifähigkeit, Prozeßfähigkeit, Vertretung, Zulässigkeit des Rechtsweges und Zuständigkeit. Es ist deshalb bei diesen Voraussetzungen nur zu erörtern, inwieweit der besondere Charakter der Zwangsvollstreckung eine abweichende Gestaltung nötig gemacht hat. Als zweite

[1]) Insofern, weil es sich nicht eigentlich um ein Streitverfahren handelt, ist die Ansicht, daß die Zwangsvollstreckung begrifflich nicht Prozeß, sondern freiwillige Gerichtsbarkeit sei (Wilmowsky-Levy Vorb. zum 8. Buch, Oetker. Grundbegriffe 17 ff., Fischer, ZZP. 10, 419 ff.), theoretisch nicht unzutreffend, Praktisch ist damit aber dem geltenden Recht gegenüber nichts gewonnen, da nun einmal das Vollstreckungsverfahren in der ZPO. geregelt ist.

Digitized by Google

Gruppe treten dann diejenigen formellen Voraussetzungen hinzu, die dem Vollstreckungsverfahren eigentümlich sind und sich im Erkenntnisverfahren nicht einmal in analoger Weise vorfinden.

§ 17.

b) Parteifähigkeit und Prozeßfähigkeit.

Die allgemeinen Bestimmungen über die Zwangsvollstreckung enthalten zwar keine ausdrückliche Hervorhebung des Erfordernisses der Parteifähigkeit, aber aus der Vorschrift im § 750, nach der die Personen, für und gegen welche die Vollstreckung stattfinden soll, namentlich bezeichnet sein müssen, ist zu entnehmen, daß sowohl auf der Gläubiger-, als auch auf der Schuldnerseite eine Persönlichkeit im Rechtssinne vorausgesetzt wird, also, wie im Erkenntnisverfahren, beide Parteien die Rechtsfähigkeit besitzen müssen (§ 50 Abs. 1).

Hinsichtlich der aktiven Parteifähigkeit gibt jedoch mit Rücksicht auf die besondere Bestimmung im § 50 Abs. 2 die Frage zu Bedenken Anlaß, inwieweit ein nicht rechtsfähiger Verein Gläubiger einer Zwangsvollstreckung sein kann, und hier bietet die Auslegung des Gesetzes nicht unerhebliche Schwierigkeiten.

Als man sich dazu entschloß, dem Verein die passive Parteifähigkeit für das Erkenntnisverfahren beizulegen, wollte man ihm doch zugleich durch die Fassung: „er hat „„in dem Rechtsstreit““ die Stellung eines rechtsfähigen Vereins“ eine möglichst große Bewegungsfreiheit sichern, ihn insbesondere auch zu einem angriffsweisen Vorgehen gegen den Gegner ermächtigen, soweit dieses im Rahmen des Rechtsstreits erfolgt. Danach werden unbedenklich solche Angriffe zuzulassen sein, die sich innerhalb des Erkenntnisverfahrens vollziehen, wie namentlich die Erklärung einer Aufrechnung oder die Erhebung einer Widerklage.[1]) Hierüber herrscht auch allseitig Übereinstimmung. Die sehr bestrittene Frage, wieweit der Verein nach formellem Abschluß des Verfahrens selbständige Klagen erheben könne, die noch als gegen den Angriff des Gegners gerichtet anzusehen wären, wie etwa die Restitutions- oder Nichtigkeitsklage, braucht hier nicht verfolgt zu werden. Jedenfalls aber wird man es mit dem Begriff des Rechtsstreits noch für vereinbar und dem Zwecke des Gesetzes für entsprechend halten müssen, daß

[1]) Vgl. Begr. zu § 49a der Novelle von 1898.

Digitized by Google

der Verein die Befugnis hat, gegen den abgewiesenen Kläger die Kosten festsetzen zu lassen. Ein Kostenfestsetzungsbeschluß und ein den Kläger auf erhobene Widerklage hin verurteilendes Erkenntnis bilden aber vollstreckbare Schuldtitel, und wenn sie als solche überhaupt Bedeutung und Sinn haben sollen, so ist die Folgerung unmöglich von der Hand zu weisen, daß in diesen Fällen der Verein als Gläubiger der Zwangsvollstreckung anzusehen ist. Diese Gläubiger-Stellung gebührt ihm dann auch uneingeschränkt, d. h. aber nur prozessual uneingeschränkt, während er sich die Beschränkungen gefallen lassen muß, die sich aus seiner materiellen Rechtsunfähigkeit notwendig ergeben. Der Verein kann also für sich die Vollstreckungsklausel erlangen, nötigenfalls durch Klage nach § 731, er kann selbständig den Gerichtsvollzieher mit der Pfändung und Versteigerung beweglicher Sachen beauftragen und kann gegen das Verfahren des Gerichtsvollziehers die Erinnerung des § 766, eventuell die sofortige Beschwerde des § 793 erheben. Er würde auch zur Stellung des Antrags auf Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung befugt sein. Dagegen kann er eine Zwangshypothek nicht erlangen (§ 866), da er nicht als Berechtigter in das Grundbuch eingetragen werden darf. Verschlossen ist dem Verein ferner — was besonders wichtig ist — das ganze Gebiet der Forderungspfändung. Denn er kann sich eine Forderung weder an Zahlungs Statt überweisen lassen, weil er nach materiellem Rechte nicht Gläubiger sein kann, noch zur Einziehung, weil er in dem Prozesse gegen den Drittschuldner nicht als Kläger auftreten kann.[2]) Nußbaum[3]) sucht seine gegenteilige Meinung dahin zu begründen: Wenn das Gesetz ein Vermögen des Vereins anerkenne (§ 735 ZPO., § 213 KO.), sei nicht einzusehen, warum die Überweisung einer Forderung zugunsten dieses Vermögens nicht möglich sein solle; materiell würden dadurch die Mitglieder Gläubiger der Forderung, wie sie Subjekte des Vereinsvermögens seien, und sie könnten auch durch Klage über die Forderung verfügen. Diese Auffassung würde jedoch den durch § 50 Abs. 2 nun einmal geschaffenen Unterschied zwischen dem Verein als einer ausnahmsweise zugelassenen selbständigen Prozeßpartei und der Gesamtheit seiner Mitglieder als der regelmäßigen Parteiform völlig verwischen

[2]) Gaupp-Stein § 50 IV.
[3]) JJP. 34, 119.

Digitized by Google

und müßte im Grunde dazu führen, dem Verein entgegen der ausdrücklichen Gesetzesbestimmung die volle aktive Parteifähigkeit beizulegen.[4]) Von diesem Standpunkte aus müßte es folgerichtig dann auch möglich sein, daß der Verein eine Zwangshypothek erwerben könnte, die auf den Namen der Mitglieder einzutragen wäre, da diese ja materiell die Gläubiger geworden sein sollen, — ein Ergebnis, das Nußbaum jedoch selbst verwirft, so daß er damit schon die Grundlage seiner eigenen Ansicht wieder preisgibt. Endlich ist zu bemerken, daß dem Verein selbst in den Fällen, in denen er Gläubiger sein kann, sich dennoch bei der tatsächlichen Durchführung der Vollstreckung noch eine Schwierigkeit entgegenstellt, sobald nämlich die Schuldnerin eine Ehefrau ist und nicht selbständig ein Erwerbsgeschäft betreibt. Dann kann der Verein in das eingebrachte Vermögen die Vollstreckung nicht betreiben. Denn dazu wäre eine Verurteilung des Ehemannes zur Duldung der Zwangsvollstreckung erforderlich und diese kann der Verein nicht herbeiführen, auch nicht durch eine Widerklage, weil der Ehemann nicht der Gegner ist.

Auch auf der Schuldnerseite muß Parteifähigkeit in dem gleichen Umfange vorhanden sein, wenn eine Vollstreckung stattfinden soll. Die von Gaupp-Stein[5]) vertretene Ansicht, daß dieses Erfordernis nur insoweit vorzuliegen brauche, als der Schuldner im Verfahren aktiv werde, ist nicht als zutreffend anzuerkennen, insbesondere kann § 779 nicht zum Beweise herangezogen werden. Denn § 779 besagt nur, daß beim Tode des Schuldners nicht die Unterbrechung des bereits schwebenden Vollstreckungsverfahrens eintreten soll, wie es im Erkenntnisverfahren nach § 239 der Fall ist. Daraus ist aber keineswegs zu folgern, daß es auf die Parteifähigkeit des Schuldners der Regel nach überhaupt nicht ankomme und daß deren Mangel nur einredeweise zu berücksichtigen wäre. Vielmehr geht gerade aus der Tatsache, daß § 779 eine bereits begonnene Vollstreckung voraussetzt, in Verbindung mit der schon oben angeführten Bestimmung des § 750 hervor, daß die Einleitung eines Vollstreckungsverfahrens gegen eine bereits verstorbene

[4]) So in der Tat Hellwig, Lehrb. 304 f. Wie hier Ernst Müller, Der nicht rechtsfähige Verein als Beklagter im Zivilprozesse (Rostocker Dissertation 1902) 24 ff. — Falkmann berührt diese Fragen überhaupt nicht. Vgl. 179.

[5]) Vorbem. vor dem VIII. Buche VI 1 b (338).

Digitized by Google

Person schlechthin unzulässig ist. Das gleiche gilt, wenn als Schuldner eine nicht existierende Person angegeben ist oder ein solches Organ, das nicht selbständig ein Rechtssubjekt darstellt. Ein Titel z. B., der sich gegen den Gläubigerausschuß oder gegen die juristische Fakultät richtete, würde nicht zur Vollstreckung gelangen können. Ebensowenig kann eine Gesellschaft im Sinne des § 705 BGB. als solche Schuldner sein, sondern der Titel muß, wie § 736 ausdrücklich vorschreibt, gegen die Person der einzelnen Gesellschafter ergangen sein.

Es darf also weder für noch gegen einen Parteiunfähigen ein Vollstreckungsverfahren beginnen, der Mangel ist stets von Amts wegen zu berücksichtigen (§ 56), eine trotzdem eingeleitete Vollstreckung ist nichtig.

Kohler[6]) meint zwar auch, „ohne den Antrag eines Rechts- und Handlungsfähigen soll kein Vollstreckungsorgan zur Exekution schreiten", nach seiner Ansicht ist aber die Gültigkeit der trotzdem eingeleiteten Vollstreckung nicht davon abhängig — bei der Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher um so weniger, als dieser ja selbst ohne „Auftrag" gültig vollstrecken könne, wenn er nur im Besitze der vollstreckbaren Ausfertigung sei. Der letzte Satz ist einmal schon in dieser Allgemeinheit nicht zutreffend, denn nach § 755 kann der Mangel des Auftrags zwar nicht vom Gläubiger, wohl aber vom Schuldner gerügt werden,[7]) und zweitens beweist er gar nichts für die Frage der mangelnden Parteifähigkeit, denn § 755 setzt das jedenfalls voraus, daß ein Gläubiger vorhanden ist, der die rechtliche Fähigkeit zur Erteilung eines Vollstreckungsauftrags besitzt. Kohler fährt dann auch selbst fort, bei Kenntnis des Mangels sei die Vollstreckung von Amts wegen aufzuheben. Darin zeigt sich aber besonders der Unterschied zwischen diesem Mangel einer rein formellen Bedingung und den Mängeln in sachlichen Bedingungen. Denn, wie oben ausgeführt wurde, darf eine Vollstreckung, bei der sich nachträglich herausstellt, daß unfändbare oder in fremdem Eigentume stehende Sachen von ihr ergriffen sind, deshalb nicht von Amts wegen aufgehoben werden, sondern es bleibt stets abzuwarten, ob von seiten des Anfechtungsberechtigten ein Antrag auf Aufhebung der Vollstreckung gestellt wird.

[6]) Prozeß als Rechtsverhältnis 120.

[7]) Vgl. sämtliche Kommentare.

Digitized by Google

Die von selbst eintretende Unwirksamkeit einer Vollstreckung, die im Namen eines nicht rechtsfähigen Gläubigers bewirkt ist, hat vor allem die praktisch wichtige Folge, daß eine Rückforderung der beigetriebenen Summe jederzeit möglich ist und ihr die Beendigung des Verfahrens nicht entgegensteht.

Die gleichen Grundsätze gelten auch für die Prozeßfähigkeit (§§ 52 ff.), sie ist also ebenfalls von Amts wegen zu beachten (§ 56) und ihr Mangel hat gleichfalls Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge. Auch hier ist es nicht zutreffend, wenn man auf seiten des Schuldners die Prozeßfähigkeit nur insoweit für erforderlich erachtet, als er im Verfahren aktiv wird.[8]) Ebenso, wie die nach § 750 für den Beginn der Vollstreckung vorgeschriebene Zustellung des Titels nicht an den prozeßunfähigen Schuldner, sondern an seinen gesetzlichen Vertreter bei Vermeidung der Unwirksamkeit erfolgen muß, so ist auch bei der Vornahme der eigentlichen Vollstreckungshandlungen stets die Person des Vertreters zu berücksichtigen. Deshalb muß nicht nur der Pfändungsbeschluß dem Vormund des minderjährigen Schuldners zugestellt werden, sondern auch der Gerichtsvollzieher hat, wenn er in Abwesenheit des Vormundes bei dem Minderjährigen selbst pfändet, den Vormund gemäß § 808 Abs. 3 in Kenntnis zu setzen und für den Fall, daß eine erwachsene Person nicht gegenwärtig ist, nach § 759 Zeugen zuzuziehen.

§ 18.

c) Vertretung.

Von Amts wegen zu prüfen ist auch die Legitimation des gesetzlichen Vertreters und die Vertretungsmacht des Prozeßbevollmächtigten des Gläubigers. Insbesondere hat auch dann, wenn der Bevollmächtigte ein Rechtsanwalt ist, dieser dem Vollstreckungsorgane bei Erteilung des Vollstreckungsauftrags seine Vollmacht nachzuweisen, namentlich dem Vollstreckungsgerichte gegenüber beim Antrag auf Pfändung einer Forderung, weil das Verfahren dem Anwaltszwange nicht unterliegt. Dies gilt selbst dann, wenn das als Vollstreckungstitel vorgelegte Urteil im Anwaltsprozeß erstritten ist und den Anwalt als Bevollmächtigten aufführt. Denn diese Bezeichnung im Urteile beruht nicht auf einer amtlichen Prüfung

[8]) Gaupp-Stein an der oben in Anm. 5 zitierten Stelle, in dieser Hinsicht auch Weismann II 78.

Digitized by Google

des Vertretungsverhältnisses und liefert keinen Beweis dafür, daß die Vollmacht noch zur Zeit des Vollstreckungsauftrags besteht.[1]) Die hierin für die Praxis liegende Unbequemlichkeit wird allseitig anerkannt, ist aber de lege lata nicht zu beseitigen. Ein Ausweg bietet sich nur insofern, als der Regel nach die Praxis den Vermerk im Urteile doch wohl als genügende Legitimation ansehen wird.[2]) Hat der Prozeß vor einem Amtsgerichte geschwebt, so wird man auch eine Bezugnahme auf die bei den Prozeßakten befindliche Vollmacht für ausreichend halten können, und zwar selbst dann, wenn das Vollstreckungsgericht vom Prozeßgerichte verschieden ist.[3]) Ist dagegen der Kläger vor Beginn der Vollstreckung verstorben, so kann die von ihm erteilte Vollmacht den Anwalt für das Vollstreckungsverfahren trotz § 81 nicht mehr legitimieren. Durch den Tod des Gläubigers wird zwar das Erkenntnisverfahren nicht unterbrochen (§§ 86, 246), für das Vollstreckungsverfahren aber kommt die besondere Vorschrift des § 727 in Betracht. Wenn also der Bevollmächtigte die Zwangsvollstreckung erst nach dem Tode des Gläubigers beantragen will, so muß er zunächst eine auf den Namen des Erben lautende Vollstreckungsklausel erwirken und diese muß gemäß § 750 zugestellt werden. Die noch auf den Verstorbenen lautende Ausfertigung genügt nicht.[4])

Fehlt dem Vertreter die Vertretungsbefugnis, so soll nach Falkmann auch dieser Mangel die Zwangsvollstreckung nichtig machen, eine nachträgliche Genehmigung soll hier, im Gegensatze zum Erkenntnisverfahren (§ 89) den Mangel nicht heilen können.[5]) Indessen dürfte diese Ansicht dem Gesetze nicht entsprechen. Denn es handelt sich doch nicht um eine absolut wesentliche Vorschrift, deren Einhaltung im staatlichen Interesse unter allen Umständen geboten wäre. Vor allem ist eine Schädigung des Schuldners oder Dritter ausgeschlossen, weil diesen gegenüber der Gerichtsvollzieher nach § 755 schon durch den Besitz der vollstreckbaren Ausfertigung zur Vollstreckung ermächtigt wird und der Mangel des Auftrags ihnen

---

[1]) Vgl. die Kommentare zu § 88.

[2]) Gaupp-Stein § 88 II, Wilm.-Levy § 84 (alt) Note 2. A. M. Falkmann 171.

[3]) Gaupp-Stein § 80 VII.

[4]) OLG. Dresden in SeuffA. 43 Nr. 313.

[5]) S. 171.

Digitized by Google

gegenüber vom Gläubiger nicht geltend gemacht werden kann. Die gleiche Folge hat aus Analogiegründen auch dann einzutreten, wenn bei einem Antrag auf Forderungspfändung der im Titel genannte, in Wahrheit aber nicht mehr zur Vertretung berechtigte Prozeßbevollmächtigte die vollstreckbare Ausfertigung vorlegt. Der Annahme der Nichtigkeit bedarf es in diesen Fällen um so weniger, als die Wirkung, die mit ihr bezweckt werden soll, nämlich den Schuldner und Dritte vor Schädigungen aus formalen Verstößen des Gläubigers zu schützen, schon kraft Gesetzes eintritt. Der Gläubiger gilt nach beendeter Vollstreckung als befriedigt und kann sich mit etwaigen Ersatzansprüchen nur an den falsus procurator halten. Andererseits muß es ihm aber auch freistehen, die ursprünglich ohne ausdrücklichen Auftrag vorgenommenen Handlungen des Vertreters nachträglich zu genehmigen. Eine nachträgliche Aufhebung der Vollstreckung von Amts wegen kann jedoch beim Mangel der Vertretungsbefugnis, im Gegensatze zum Falle der mangelnden Rechtsfähigkeit, nicht erfolgen.

§ 19.

d) Zulässigkeit des Rechtsweges.

Dagegen bildet eine weitere in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu berücksichtigende formelle Voraussetzung der Zwangsvollstreckung, ebenso wie beim eigentlichen Streitverfahren, die Zulässigkeit des Rechtsweges, und zwar insofern, als die erbetene Zwangsmaßregel in das Gebiet des gerichtlichen Vollstreckungsverfahrens fallen muß und nicht etwa in den Bereich des Verwaltungszwangsverfahrens gehört. Die Frage hängt lediglich davon ab, für welche Titel das Verfahren der ZPO. vorgeschrieben ist.[1])

Jede gerichtliche Vollstreckung, die nicht auf einem solchen Titel beruht, muß deshalb Nichtigkeit des Verfahrens zur Folge haben. Selbst wenn der Verpflichtete sachlich im Verwaltungswege zur Leistung angehalten werden könnte, kann er doch das, was der Gläubiger durch gerichtlichen Zwang erhalten hat, von

[1]) Daß der Titel selbst dem Gebiete der Zivilrechtspflege entstammt, ist für diese Frage nicht wesentlich. Auch die Vollstreckung z. B. einer strafgerichtlichen Entscheidung über eine Buße erfolgt gemäß § 495 StPO. nach den Vorschriften der ZPO., also im gerichtlichen, nicht im Verwaltungszwangsverfahren.

Digitized by Google

ihm aus § 812 BGB. zurückfordern, weil dieser Leistung, so wie sie formell zustande gekommen ist, der Rechtsgrund fehlte.

e) Zuständigkeit.

§ 20.

α. Die Zuständigkeitsverteilung.

In wesentlicher Abweichung gegenüber dem Erkenntnisverfahren ist in der Zwangsvollstreckung die Zuständigkeit nicht einheitlich geregelt und nicht ein und dieselbe Behörde für alle Arten und für alle Akte der Vollstreckung berufen, sondern je nach dem praktischen Bedürfnisse sind verschiedene Organe, teils nach-, teils nebeneinander zur Prüfung der verschiedenen Bedingungen und zur Durchführung der Zwangsmaßregeln bestellt.

I. Die Frage, ob ein Vollstreckungstitel vorliegt, wird noch vor Beginn des eigentlichen Vollstreckungsverfahrens von Organen geprüft, denen der Titel in Urschrift zugänglich ist, Gerichtsschreiber und Notar (§§ 724 Abs. 2, 797 Abs. 1 und 2).

II. Die Durchführung des Zwanges selbst liegt in den Händen besonderer Vollstreckungsorgane, Gerichtsvollzieher und Vollstreckungsgericht.

Soweit die für die vorliegende Darstellung allein interessierende Geldvollstreckung in Betracht kommt, scheidet sich die Zuständigkeit zwischen ihnen dahin, daß

A. dem Gerichtsvollzieher die Zwangsvollstreckung in bewegliche körperliche Sachen und in solche Papiere, welche Träger indossabler Forderungen sind (§§ 808, 831),[1])

B. dem Vollstreckungsgerichte die Zwangsvollstreckung in die sonstigen Forderungen § 828, in andere Vermögensrechte § 857, in Schiffsparte § 858, und in das unbewegliche Vermögen, § 1 ZVG. obliegt.

Die örtliche Zuständigkeit im allgemeinen regelt § 764 Abs. 2. Besondere Gerichtsstände enthalten §§ 828 Abs. 2, 858 Abs. 2 und §§ 1, 2 ZVG.

Gegen denselben Schuldner kann danach eine Zwangsvollstreckung gleichzeitig in mehreren getrennten Verfahren

[1]) Die örtliche Zuständigkeit bestimmt das Landesrecht GVG. § 155.

Digitized by Google

und in verschiedenen Gerichtsbezirken stattfinden, wenn sich Vermögensstücke des Schuldners an verschiedenen Orten befinden. Jedes dieser Verfahren ist dann seinen sämtlichen Voraussetzungen nach selbständig zu beurteilen.

III. Endlich ist für die Zwangsvollstreckung, die gegen eine im aktiven Dienste befindliche Militärperson in Dienstgebäuden oder auf Kriegsfahrzeugen erfolgen soll, gemäß § 790 die Militärbehörde als Vollstreckungsorgan zuständig, wenn auch unter Mitwirkung sowohl des Vollstreckungsgerichts als des Gerichtsvollziehers.[2])

§ 21.

β. Rechtsfolgen einer von einem unzuständigen Vollstreckungsorgan betriebenen Zwangsvollstreckung.

Bei der Frage, welche Folgen die Mitwirkung eines unzuständigen Beamten auf das Vollstreckungsverfahren ausübt, scheidet zunächst der Fall aus, daß die Vollstreckungsklausel unter Verletzung der für sie vorgeschriebenen Zuständigkeitsnormen erteilt ist. Denn die Beschaffung der Vollstreckungsklausel liegt *vor* dem Beginne des Vollstreckungs*verfahrens*, es kann sich deshalb in jenem Falle nur darum handeln, ob die Klausel als solche unzulässig ist, und darauf wird später eingegangen werden. Es kommen hier also nur die Organe in Betracht, die innerhalb des Verfahrens selbst tätig werden.

Im wesentlichen herrscht Übereinstimmung darüber, daß die Unzuständigkeit die Nichtigkeit des Verfahrens nach sich ziehen müsse. Insbesondere hat die Praxis stets daran festgehalten, daß der von einem unzuständigen Gericht erlassene Pfändungsbeschluß keine Rechtswirkungen zu erzeugen vermag,[1]) so daß einerseits der Drittschuldner der Klage des Gläubigers gegenüber die Nichtigkeit geltend machen kann und andererseits der Gläubiger durch

[2]) Während im Falle des § 758 Militär und Polizei lediglich der Unterstützung des als Vollstreckungsorgan allein zuständigen Gerichtsvollziehers dienen.

[1]) RG. 26, 398, RG. in GruchotsBeitr. 27, 1125, RG. in SeuffA. 38 Nr. 196, OLG. Hamm, Rspr. 4, 58, OLG. Darmstadt, Rspr. 7, 312; Riehl 72 und die Kommentare. A. M. LG. I Berlin bei Lisiecki-Drewes 94, Petschek 33 ff. Über Beschlüsse im allgemeinen vgl. noch letzthin RG. 60, 126 Anm. 1: — „es ergibt sich, daß das OLG. zu dem Beschlusse nicht zuständig war und daß er deswegen keine Rechtswirkung haben konnte."

Digitized by Google

den Beschluß nicht gehindert ist, bei dem zuständigen Vollstreckungsgerichte die Pfändung derselben Forderung zu betreiben.

Neuerdings vertritt dagegen Kohler,[2]) der früher[3]) durchaus auf dem Standpunkte der herrschenden Meinung stand, die Ansicht, „der Mangel der Zuständigkeit habe auch hier die Unwirksamkeit der gewöhnlichen Rechtshandlung nicht zur Folge; die Rechtsähnlichkeit des § 7 FGG. müsse hier zutreffen". Zunächst ist nicht recht ersichtlich, was in diesem Zusammenhang unter einer „gewöhnlichen Rechtshandlung" gemeint sein soll und was insbesondere im Zwangsvollstreckungsverfahren den Gegensatz dazu bilden könnte. Sodann aber kann ein Hinweis auf die Vorschriften des freiwilligen Gerichtsbarkeitsgesetzes um deswillen nicht maßgebend sein, weil nach dem Standpunkte des geltenden Rechtes die Zwangsvollstreckung nicht freiwillige Gerichtsbarkeit, sondern Prozeß ist. Man könnte sogar mit größerem Recht, als Kohler für seine Ansicht, jenen § 7 für die herrschende Meinung verwerten, und zwar im Sinne eines argumentum e contrario, um so mehr, als die Zuständigkeit der Zwangsvollstreckung eine ausschließliche ist, (§ 802).

Von praktischer Wichtigkeit wird die Frage, ob Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit einzutreten hat, besonders in den Fällen, in denen das Verfahren gegen die sachliche Zuständigkeitsnormierung verstößt, also namentlich bei der Pfändung eines Papiers über eine indossable Forderung durch das Gericht, statt durch den Gerichtsvollzieher (§ 831) oder bei der Pfändung von Zubehör eines Grundstücks oder bei der Pfändung sonstiger der Hypothek unterliegenden Gegenstände trotz der bereits erfolgten Beschlagnahme (§ 865 Abs. 2).

Auch in diesen Fällen läßt die Ausschließlichkeit, mit der das besondere Verfahren und das dafür zuständige Vollstreckungsorgan bestimmt ist, mit Sicherheit erkennen, daß das staatliche Interesse keinerlei Abweichung gestattet, daß also ein wirksamer Erfolg der Vollstreckung nur bei genauer Einhaltung jener Verfahrensvorschriften eintreten kann und daß ihre Nichtbeachtung Nichtigkeit zur Folge haben muß. Für dieses Ergebnis kommt in dem letzten Falle noch ein weiterer, später näher zu erörternder Gesichtspunkt in Betracht: Die Beschlagnahme wirkt als Prozeßhindernis, sie ent-

[2]) In Holtzendorffs Enzyklopädie 2, 170.

[3]) Prozeß als Rechtsverhältnis 122 („null und nichtig").

Digitized by Google

zieht die an sich pfändbaren Gegenstände der Mobiliar-Einzelvollstreckung, um sie in ein besonderes General-Vollstreckungsverfahren einzubeziehen, in ähnlicher Weise, wie es auch bei der Konkurseröffnung der Fall ist. Den Standpunkt der Nichtigkeit hat denn auch die Praxis, namentlich in der jüngsten Zeit,[4]) mit Entschiedenheit vertreten und eine gegen §§ 831 oder 865 Abs. 2 verstoßende Pfändung für „wirkungslos", „absolut unwirksam", „rechtlich ganz belanglos" und „nichtig" erklärt. Insbesondere hat das Reichsgericht mit Recht betont, daß eine nach der Beschlagnahme des Grundstücks erfolgte Pfändung des Mietzinses absolut nichtig ist und das Pfändungsverbot nicht nur zugunsten des betreibenden Gläubigers, sondern allgemein wirkt.

Es fragt sich nur noch, wann und in welcher Weise die Nichtigkeit geltend zu machen ist. Solange das Vollstreckungsverfahren noch schwebt, ist unbedenklich und unbestritten der Weg der Erinnerung nach § 766 stets gegeben. Daneben soll aber im Falle des § 865 Abs. 2 nach einer weitverbreiteten, insbesondere vom Reichsgerichte[5]) vertretenen Auffassung dem Hypothekengläubiger auch die Klage aus § 771 zustehen. Die Begründung ist jedoch nicht als überzeugend anzuerkennen. Völlig unzureichend ist jedenfalls das — vom Reichsgerichte auch erst in zweiter Linie verwertete — Argument, das der amtlichen Begründung des Entwurfes zu § 865 entnommen ist. Es heißt dort, daß es gegenüber dem preußischen und bayrischen Rechte geboten erscheine, die Pfändung des Zubehörs schlechthin auszuschließen, damit werde den Hypothekengläubigern die Möglichkeit gegeben, einer gegen das Verbot erfolgten Pfändung auch nach § 685 (jetzt 766) zu widersprechen. Das Reichsgericht legt nun den Nachdruck auf das Wort „auch" und folgert daraus, daß neben der nach preußischem und bayrischem Rechte zugelassenen Widerspruchsklage nunmehr auch § 766 Anwendung fände. Davon aber, daß der nach früherem

---

[4]) Vgl. für den ersten Fall RG. 61, 331, für den zweiten KG. in DJZ. 04, 409, RG. daselbst 05, 80, RG. in JW. 05, 89[38], RG. 59, 87. Ebenso Jaeckel (2) 11.

[5]) 55, 207. Ferner Seuffert und Petersen-Anger zu § 865, Jaeckel (2) 12, OLG. Königsberg, Rspr. 2, 127 u. SeuffA. 58 Nr. 127, OLG. Dresden, Rspr. 4, 368 und DJZ. 02, 299, Klein, DJZ, 03, 523. — Dagegen, wie hier Schröder, daselbst 571.

Digitized by Google

Rechte allein mögliche Rechtsbehelf auch jetzt noch unverändert bestehen bleiben sollte, erwähnt die amtliche Begründung kein Wort. Zudem wäre selbst eine in diesem Sinne feststellbare Auffassung von seiten der Verfasser jener Begründung doch dem Gesetze gegenüber nicht maßgebend. Die vom Reichsgerichte weiterhin herangezogene Vorschrift des § 810 Abs. 2, welche dem Realgläubiger gegen die Pfändung stehender Früchte allerdings die Klage aus § 771 gewährt, ist für § 865 ebenfalls nicht entscheidend. Denn die ungetrennten Früchte unterliegen der Hypothek schon ihrer Natur nach von selbst, da sie als wesentliche Bestandteile des Grund und Bodens (§ 94 BGB.) ohne weiteres dem rechtlichen Schicksale des Grundstücks unterworfen sind. Wurde trotzdem im § 810 ihre Pfändung gestattet, als wären sie selbständige bewegliche Sachen, so mußte gleichzeitig dem Hypothekengläubiger ein besonderes Schutzmittel verliehen werden. Dieser Gesichtspunkt trifft aber auf den Fall des § 865 in keiner Weise zu, bei diesem handelt es sich vielmehr um Sachen, die nur wirtschaftlich zu dem Grundstück in Beziehung gesetzt sind, aber jederzeit von ihm wieder entfernt werden können. Daraus ergibt sich zugleich ein weiterer Unterschied. Die stehenden Früchte können als Bestandteil des Grundstücks nach bürgerlichem Rechte nicht veräußert werden, und insofern hat der Realgläubiger zweifellos ein Recht, die Veräußerung, falls sie etwa dennoch vom Eigentümer versucht werden sollte, zu hindern, während er die Veräußerung des Zubehörs oder die Aufhebung der Zubehöreigenschaft innerhalb der Grenzen einer ordnungsmäßigen Wirtschaft geschehen lassen muß. Damit wird schon das hauptsächlichste Argument des Reichsgerichts berührt, das in folgenden Ausführungen gipfelt. Zwar habe nach § 1121 Abs. 1 BGB. der Eigentümer des Grundstücks vor der Beschlagnahme das Recht, das Zubehör zu veräußern, ohne daß der Hypothekengläubiger widersprechen dürfe; aber § 771 sei in einem weiteren Sinne aufzufassen, auch die Pfändung führe zur Veräußerung und damit zur Vernichtung des hypothekarischen Rechtes und dieser Veräußerung könne der Gläubiger widersprechen, habe also ein die Veräußerung hinderndes Recht gemäß § 771. Demgegenüber ist jedoch zu bemerken, daß, wie schon die früheren Ausführungen gezeigt haben,[6]) im § 771 ein Anspruch vorausgesetzt

[6]) Vgl. oben § 14.

Digitized by Google

wird, der die Veräußerung allein nach bürgerlichem Rechte und ohne Rücksicht auf etwaige Vollstreckungswirkungen zu hindern imstande ist, und daß gerade deshalb die besondere Vorschrift des § 810 Abs. 2 notwendig war. Wollte man der Auffassung des Reichsgerichts folgen, daß alle Rechte, welche durch die im Vollstreckungswege erfolgende Veräußerung vernichtet werden, unter § 771 fallen, so wäre nicht nur § 810 Abs. 2 überflüssig, sondern es müßten auch die obligatorischen Rechte, die nicht auf Herausgabe gehen, wie Kauf und Tausch, hierher gezählt werden, was keinesfalls zutrifft. Es kann also nur darauf ankommen, ob das Recht des Dritt-Gläubigers derart ist, daß es nach den Bestimmungen des BGB. die Veräußerung hindern könnte, ein solches Recht hat aber weder der rein obligatorisch berechtigte Käufer, noch der Hypothekengläubiger hinsichtlich des Zubehörs.

Seuffert will sogar dem Hypothekengläubiger außer §§ 766 und 771 auch noch die Klage aus § 805 zugestehen. § 805 besagt, daß ein Dritter, der sich nicht im Besitze der Pfandsache befindet, auf Grund eines Pfand- oder Vorzugsrechts der Pfändung nicht widersprechen, jedoch seinen Anspruch auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Erlöse im Wege der Klage geltend machen kann. Würde die Annahme eines Pfand- oder Vorzugsrechts in der Person desjenigen Hypothekengläubigers, der die Eigenschaft der Pfandsache als Zubehör geltend machen will, wirklich zutreffen, so würde schon damit allein die zuvor — auch von Seuffert — aufgestellte Behauptung der herrschenden Ansicht widerlegt sein, daß der Hypothekengläubiger der Pfändung nach § 771 widersprechen könne. Denn die Klage aus § 805 schließt gerade den Widerspruch nach § 771 aus, sie geht nicht auf Unzulässigkeitserklärung der Pfändung, setzt vielmehr im Gegenteile deren Zulässigkeit voraus. Der Versuch, beide Klagen trotzdem kumulieren zu wollen, muß sich deshalb als undurchführbar erweisen. § 805 bezieht sich außerdem nur auf die Zwangsvollstreckung in das bewegliche Vermögen, gerade dieser Verfahrensart aber ist das Zubehör durch § 865 Abs. 2 entzogen. Seuffert will deshalb allerdings unter § 805 die Hypothek auch nur insoweit rechnen, als sie „sich auf Sachen bezieht, die in Ansehung der Zwangsvollstreckung zum beweglichen Vermögen gehören, d. h. also auf noch nicht im Wege der Immobiliarexekution beschlagnahmte Erzeugnisse, die nicht

Digitized by Google

Zubehöreigenschaft haben". Mit diesen Worten widerlegt er jedoch selbst die Ausführungen, die er zu § 865 hinsichtlich des Zubehörs macht.

Nachdem somit im Endergebnis festzustellen ist, daß während des Zwangsvollstreckungsverfahrens nur im Wege des § 766 die Unwirksamkeit geltend gemacht werden kann, bleibt noch zu untersuchen, welche Rechtsbehelfe dem Realgläubiger nach Beendigung der Zwangsvollstreckung zustehen.

Wenn die Nichtigkeit als absolute Unwirksamkeit unheilbar ist, muß sie sich auch noch nach Abschluß des Verfahrens geltend machen, es durfte der Gläubiger den Erlös, den er aus der nichtigen Pfändung erhalten hat, von Rechts wegen nicht beanspruchen, dieser Erlös „gebührt ihm nicht", wie es § 1247 BGB. ausdrückt, und deshalb erlischt das Recht des Hypothekars nicht ohne weiteres. Die Pfandsache selbst ist zwar durch die Versteigerung Eigentum des Erstehers geworden[7]) und haftet als solche nicht mehr, aber der Erlös ist nach § 1247 BGB. an die Stelle des Pfandes getreten und auf ihn erstreckt sich also auch das Recht des Realgläubigers. Der Regel nach wird allerdings der erlöste Betrag sich nicht mehr unvermischt im Vermögen des Vollstreckungsgläubigers vorfinden, sondern es wird dieser inzwischen eine Vermischung mit seinem sonstigen Gelde bereits vorgenommen haben. Dann hat der Schuldner als bisheriger Grundstückseigentümer eine Forderung auf Zahlung der entsprechenden Geldsumme nach § 951 BGB. und der Hypothekengläubiger hat an dieser Forderung das Pfandrecht. Der letztere kann demnach nicht, wie

[7]) Ordnungsmäßigkeit der Versteigerung in dem durch die §§ 816 ZPO., 1239 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 BGB. bestimmten Umfange und guter Glaube des Erstehers gemäß § 1244 (1233 Abs. 2, 932 bis 934, 936) BGB. vorausgesetzt. Es ist die lediglich nach diesen Vorschriften zu beurteilende Rechtmäßigkeit des Versteigerungserwerbes scharf zu scheiden von der Rechtmäßigkeit des Pfandrechts, wie auch der Wortlaut des § 1244 BGB. deutlich erkennen läßt. Insofern ist der vom RG. (61, 331) ausgesprochenen Ansicht durchaus zuzustimmen, daß trotz der vom unzuständigen Gericht angeordneten und deshalb unrechtmäßigen Versteigerung des von demselben unzuständigen Gericht gepfändeten Wechsels dennoch der Ersteher die Wechselforderung gültig erwerben kann, sofern er in betreff der Gerichtszuständigkeit in gutem Glauben war. Nur der Vollstreckungsgläubiger hat den ihm zugeflossenen Erlös unrechtmäßig erlangt und er ist daher dem Wechselschuldner, der an den Ersteher hat zahlen müssen, regreßpflichtig.

Digitized by Google

allgemein [8]) behauptet wird, eine Bereicherungsklage gegen den Vollstreckungsgläubiger erheben, sondern er kann nur die Rechte aus § 1281 BGB. geltend machen, also entweder Leistung an ihn und den Schuldner gemeinschaftlich oder Hinterlegung für beide gemeinsam verlangen.[9])

2. Die der Zwangsvollstreckung eigentümlichen allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen.

§ 22.

a) Die Vollstreckungsklausel.

Während nach früherem Rechte als Vollstreckungsbehörde ausschließlich das Prozeßgericht fungierte und dieses selbst in der Lage war, die Frage zu prüfen, ob das Urteil vollstreckungsfähig sei und für und gegen wen es vollstreckt werden könne, ist jetzt, nachdem die Vollstreckung anderen Behörden und Beamten übertragen und eine große Zahl anderer Titel neben dem Urteil als zur Vollstreckung geeignet anerkannt ist, eine Prüfung und Feststellung jener sachlichen Voraussetzungen innerhalb des eigentlichen Vollstreckungsverfahrens nicht mehr möglich. Vielmehr muß schon vor Beginn des Verfahrens diese Feststellung von der Behörde getroffen werden, der die Urschrift des Titels zugänglich ist und es ist darüber dem Gläubiger eine urkundliche Bescheinigung zu erteilen, die dem Vollstreckungsauftrage zur Grundlage dient. Diese Bescheinigung selbst bildet also eine formelle Voraussetzung für das Einschreiten der Vollstreckungsorgane.[1]) Sie erfolgt in Gestalt der Vollstreckungsklausel, die der Ausfertigung des Schuldtitels beizu-

[8]) Zu § 865. — Nur Wolff (in der Festgabe für Hübler, vgl. oben § 14 Anm. 6) hebt den Surrogationsgedanken des § 1247 BGB. mit aller Schärfe hervor (14—17).

[9]) Etwaige Ansprüche nach Beendigung des Verfahrens will wohl auch Jaeckel nicht abschneiden, wenn er (S. 19 oben) sagt, sobald der Zuschlag rechtskräftig sei, habe der Mangel der Zuständigkeit keinen weiteren Einfluß. Gemeint ist damit offenbar ebenfalls nur, daß der Erwerb des Erstehers mit der Rechtskraft des Zuschlags unanfechtbar geworden ist, die Frage, ob der Erlös von den Gläubigern rechtmäßig erlangt ist, soll damit aber wohl nicht entschieden werden. Jaeckel zählt den Mangel der Zuständigkeit auch selbst zu den „unheilbaren", auf Grund dessen von Amts wegen Aufhebung (nicht Einstellung) des Verfahrens erfolgen müsse (S. 18).

[1]) So ausdrücklich auch Mot. 525, Wach, Vorträge 320, R. Schmidt, Lehrb. (2) 898, Jacobi, ZZP. 25, 461, Gaupp-Stein, Vorb. IV.

Digitized by Google

fügen ist (§§ 724 Abs. 1, 725), diese Ausfertigung wird dadurch zu einer vollstreckbaren (§ 724 Abs. 2).

Die Vollstreckungsklausel ist unerläßliche Voraussetzung des Verfahrens, nicht nur des vom Gerichtsvollzieher, sondern auch des vom Gerichte betriebenen. Bevor sie nicht dem Vollstreckungsorgane nachgewiesen ist, darf keine Vollstreckungshandlung vorgenommen werden. Sie ist deshalb, worüber allseitig Übereinstimmung herrscht, jeder Parteivereinbarung, namentlich dem Verzichte des Schuldners, entzogen.[2]) Sie kann auch nicht etwa durch das Rechtskraftzeugnis ersetzt oder entbehrlich gemacht werden.[3]) Der Klausel bedürfen alle Titel, mit alleiniger Ausnahme der Vollstreckungsbefehle, der Arrestbefehle und der einstweiligen Verfügungen, selbst diese jedoch dann, wenn für oder gegen einen Rechtsnachfolger vollstreckt werden soll.

Für die äußere Form der Vollstreckungsklausel gilt § 725. Die Unterschrift des Gerichtsschreibers oder Notars ist absolut wesentliches Erfordernis, weil die Erklärung erst mit der eigenhändigen Namensunterzeichnung als vollzogen anzusehen ist, vorher aber nur als unmaßgeblicher Entwurf betrachtet werden kann. Der Mangel der Unterschrift würde also der Ausfertigung die Eigenschaft einer vollstreckbaren nehmen. Dagegen ist dem Fehlen des Amtssiegels eine solche Folge nicht beizumessen, da der amtliche Charakter einer Urkunde nicht erst durch die Beidrückung des Siegels geschaffen, sondern nur bestätigt wird. Ebensowenig sind die im § 725 angeführten Worte derart wesentlich, daß nur sie allein verwendet werden dürften. Es können daher auch andere Ausdrücke gebraucht werden, sofern nur der gleiche Sinn mit genügender Deutlichkeit wiedergegeben, die Ausfertigung also als vollstreckbare unzweideutig erkennbar ist.[4]) In die Klausel sind je nach Lage des Falles die etwa noch erforderlichen Zusätze mit aufzunehmen, namentlich bezüglich der Rechtsnachfolge und der Beschränkung der Vollstreckbarkeit auf einen Teil des Streitgegenstandes.

---

[2]) Vgl. hierüber die Kommentare, Voß, ZZP. 26, 457, Falkenstein, Dissertation 9, 17, RG. VollstrZtschr. 12, 81, RG. SächsArch. 1, 672.

[3]) Petersen-Anger N. 1 zu § 706, LG. I Berlin bei Lisiecki-Drewes 9.

[4]) So auch Richter 49, Wilm.-Levy zu § 663 (a. F.), Struckmann-Koch, OLG. Breslau, ZZP. 23, 348. — A. M. Falkmann 111, Falkenstein, Dissertation 10.

Digitized by Google

Besonderer Betrachtung bedürfen die Fälle, in denen das Urteil erst durch eine spätere Entscheidung die Vollstreckbarkeit erhält. Ergeht eine derartige Entscheidung nach §§ 716, 718, 534, 560, so genügt es, wenn diese Entscheidung in der Klausel in Bezug genommen wird. Wird das verurteilende Erkenntnis I. Instanz durch das Urteil II. Instanz bestätigt, so ist das gleiche anzunehmen. Anders, wenn das erste Urteil vollständig aufgehoben wird, dann ist das aufhebende Erkenntnis, das die neue Formel enthält, auszufertigen, ebenso, wenn das Berufungsurteil teilweise aufhebt, aber den Wortlaut der gesamten Entscheidung in sich aufgenommen hat. Sonst sind beide Urteile auszufertigen, genau wie in dem gleichen Falle, in dem zwei andere Vollstreckungstitel aufeinander Bezug nehmen. Wird ein Versäumnisurteil durch ein späteres Urteil aufrechterhalten, so ist die vollstreckbare Ausfertigung von dem letzteren zu erteilen und eine Ausfertigung des Versäumnisurteils damit zu verbinden.[5])

Darüber, daß die Klausel dem Vollstreckungsurteil, und nicht etwa dem ausländischen Urteil oder dem Schiedsspruch beizufügen ist, herrscht kein Streit, das Vollstreckungsurteil schafft ja auch erst das Vollstreckungsrecht.

Der Gerichtsschreiber hat vor der Erteilung der Klausel alle *sachlichen* Voraussetzungen zu prüfen, also nicht nur die Rechtskraft des Urteils oder die vorläufige Vollstreckbarkeit, sondern namentlich auch seine Vollstreckungsfähigkeit und die Identität der Personen, für und gegen welche die Klausel begehrt wird, mit den im Urteile genannten Parteien. Bei einem Subjektwechsel sind bezüglich der Rechtsnachfolge noch besondere Bestimmungen gegeben in den §§ 727 ff. Es muß die Nachfolge entweder offenkundig sein oder durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Ferner muß die Anordnung des Vorsitzenden eingeholt werden und diese Anordnung ist in der Klausel ausdrücklich zu erwähnen (§ 730). Ebenso ist zu erwähnen, ob die Rechtsnachfolge als offenkundig angenommen oder auf Grund welcher Urkunden sie als bewiesen angesehen worden ist. Die Urkunden sind genau zu bezeichnen. Dieses Erfordernis ist zwar nur für die

[5]) Durchweg ebenso Falkmann 112, auch Seuffert N. 3, Petersen-Anger N. 5, Wilm.-Levy zu § 663 a. F. A. M. Gaupp-Stein II Abs. 3 (Stets ist das Urteil II. Instanz, auch das bestätigende, vollstreckbar auszufertigen).

Digitized by Google

Offenkundigkeit durch § 727 Abs. 2 ausdrücklich vorgeschrieben, für die Urkunden aber muß unzweifelhaft das gleiche gelten, schon mit Rücksicht darauf, daß nach § 750 Abs. 2 die Urkunden zugestellt werden müssen und deshalb die Klausel auch die Prüfung der Frage ermöglichen muß, ob die richtigen Urkunden zugestellt worden sind.[6]) Eines Urkundenbeweises vor Erteilung der Klausel bedarf es ferner nach § 726 dann, wenn nach dem Inhalte des Urteils die Vollstreckung von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer anderen Tatsache, als einer dem Gläubiger obliegenden Sicherheitsleistung abhängt. Dagegen sind weitere Voraussetzungen nicht erforderlich, insbesondere nicht die Möglichkeit der Zustellung des Titels.[7])

Ist der Urkundenbeweis erbracht, so muß die Klausel erteilt werden, aus dem Ausdrucke „kann" im § 727 darf nicht etwa geschlossen werden, daß die Erteilung oder Versagung vom Ermessen des Gerichtsschreibers oder des Vorsitzenden abhängig wäre.[8])

Fehlt in der Vollstreckungsklausel die ausdrückliche Erwähnung der Anordnung des Vorsitzenden oder der Offenkundigkeit oder der Urkunden, so liegt eine gesetzmäßige Vollstreckungsklausel ebensowenig vor, als wenn die Unterschrift fehlt oder die Eigenschaft der Ausfertigung als einer vollstreckbaren sich nicht ersehen läßt.[9])

Läßt sich schon aus dem Inhalte des Vollstreckungstitels selbst erkennen, daß die Klausel in diesen Beziehungen mangelhaft ist, — z. B. also, wenn die Vollstreckbarkeit des Urteils vom Eintritt einer bestimmten Tatsache abhängig gemacht, die Anordnung des Vorsitzenden aber in der Klausel nicht erwähnt ist, — so ist die Vollstreckung abzulehnen und eine trotz dieses Mangels vorgenommene Zwangsvollstreckung ist ebenso wirkungslos, als wenn sie ohne jede Vollstreckungsklausel betrieben worden wäre.[10]) Denn

---

[6]) Vgl. Gaupp-Stein, Petersen-Anger, LG. I Berlin bei Lisiecki-Drewes 11.

[7]) LG. I Berlin in Nbg. Ztg. 99, 20.

[8]) RG. 57, 329.

[9]) Die Kommentare, RG. in JW. 95, 382[13], OLG. Celle 33 P. 33, 543, Posen Rspr. 2, 34, Cöln Rspr. 4, 139, Falkenstein, Dissertation 73, Falkmann 132.

[10]) Gaupp-Stein §§ 726 V, 727 I, 730, Seuffert §§ 726 N. 1, 730, 4, Petersen-Anger § 730 N. 1, Falkmann 115, Falkenstein, Dissertation 73, RG. in SächsArch. 1, 672, OLG. Posen Rspr. 2, 34, OLG. Cöln Rspr. 4, 139, OLG. Celle 33 P. 33, 543.

Digitized by Google

da die Vollstreckungsklausel die unumgängliche Grundlage jeder Vollstreckung bildet, ist ein Mangel ihres gesetzlich vorgeschriebenen Inhalts unheilbar und das gesamte der gesetzlichen Grundlage entbehrende Verfahren nichtig. In Betracht kommt jedoch hier nur die prozeßordnungsmäßig vorgeschriebene formelle Fassung der Klausel, denn nur in dieser Hinsicht sind etwaige Mängel äußerlich erkennbar, und nur insoweit kann und muß die Zulässigkeit der Klausel vom Gläubiger selbst oder von den Vollstreckungsorganen nachgeprüft werden. Dagegen ist die Klausel von den Vollstreckungsorganen nicht daraufhin zu prüfen, ob die Voraussetzungen für ihre Erteilung sachlich gegeben waren oder nicht, denn gerade diese Prüfung ist ihnen vom Gesetz entzogen und ausschließlich dem Gerichtsschreiber übertragen worden. Der Gerichtsvollzieher darf infolgedessen den Vollstreckungsauftrag nicht deshalb ablehnen, weil nach seiner Meinung die Rechtskraft des Urteils noch nicht eingetreten ist,[11]) sondern er hat sich lediglich an die formell einwandsfreie Klausel zu halten. Nur solche Mängel also, die der Klausel selbst in ihrem äußeren Bestande, so wie sie den Vollstreckungsorganen gegenüber in die Erscheinung tritt, anhaften, führen zur Nichtigkeit des auf ihr beruhenden Verfahrens. Diejenigen Fehler dagegen, welche lediglich bei der Entstehung einer äußerlich korrekten Klausel mitgewirkt haben, berühren das Vollstreckungsverfahren als solches nicht unmittelbar, sondern betreffen nur seine Vorgeschichte. Sie haben deshalb auch nicht von selbst Nichtigkeit zur Folge, es ist vielmehr Sache des Schuldners, in solchen Fällen Einwendungen gegen die Zulässigkeit der Erteilung der Vollstreckungsklausel im Wege des § 732 oder § 768 geltend zu machen, und solange dies nicht geschehen ist, besteht die Zwangsvollstreckung zu Recht.[12]) Fälle der letzteren Art liegen namentlich dann vor, wenn zu Unrecht der Eintritt einer Rechtsnachfolge oder die Erfüllung einer Bedingung angenommen ist, bei diesen handelt es sich um rein sachliche Mängel, die schon früher dargestellt sind.[13]) Außerdem

[11]) So auch die Kommentare, LG. Freiberg SächsArch. 3, 46, LG. Dresden daselbst 2, 395, OLG. Dresden SächsAnn. 25, 132. — A. M. OLG. Naumburg JW. 15, 516, wonach die Vollstreckungsorgane von Amts wegen den Eintritt der Rechtskraft prüfen sollen, ähnlich auch Weigelin 24.

[12]) RGSt. 26, 289.

[13]) Oben § 6 III.

Digitized by Google

aber ist in die zweite Gruppe auch der Mangel der Zuständigkeit in der Person des Beamten, der die Vollstreckungsklausel erteilt hat, zu zählen. Die Vorschriften, welche in dieser Hinsicht namentlich § 797 gibt, sind so wenig glücklich gefaßt, daß sie fortgesetzt zu Zweifeln und Meinungsverschiedenheiten Anlaß gegeben haben, so z. B. in der Frage, ob unter den gerichtlichen Urkunden des § 797 Abs. 1 auch Vergleiche inbegriffen seien und ob bei Aufnahme von vollstreckbaren Urkunden im Wege der Rechtshilfe die Klausel vom Gerichtsschreiber des ersuchten oder des ersuchenden Gerichts zu erteilen sei. Bei der Unsicherheit, die demnach gerade in der Zuständigkeitsfrage herrscht, wäre schon praktisch die Annahme der Nichtigkeit undurchführbar. Aber auch theoretisch ist doch vor allem zu berücksichtigen, daß jene gesetzlichen Bestimmungen nur bezwecken, eine möglichst sichere Gewähr dafür zu schaffen, daß dem Beamten, der die Klausel erteilen soll, die Urschrift des Titels vorliegt. Ein staatliches Interesse daran, ob gerade der Gerichtsschreiber am Ort der Aufnahme oder der am Ort der Verwahrung den Titel einsehen müsse, liegt um so weniger vor, als bei notariellen Urkunden, sogar allein die — unter Umständen häufig wechselnde — Verwahrung entscheiden soll. Es genügt also auch hier, wenn der Schuldner die Möglichkeit hat, die Erteilung der Klausel wegen Unzuständigkeit anzufechten. Macht er jedoch von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch, so können Dritte das Vollstreckungsverfahren nicht als unwirksam in Frage stellen.[14]) Es tritt also ebenfalls wieder deutlich der Unterschied zwischen formell und sachlich, anfechtbar und nichtig hervor.

Um Mißbrauch der Vollstreckungsklausel zu verhüten, soll in der Regel nur eine vollstreckbare Ausfertigung erteilt werden. Indessen kann sich unter Umständen dennoch die Erteilung einer zweiten vollstreckbaren Ausfertigung notwendig machen, so z. B. wenn die erste verloren gegangen ist oder wenn gegen mehrere Gesamtschuldner Vollstreckung betrieben werden soll. Für solche Fälle läßt § 733 auch die Erteilung einer zweiten vollstreckbaren Ausfertigung zu, jedoch nur auf Anordnung des Vorsitzenden, die, wie in den obigen Fällen, ebenfalls ausdrücklich in der Klausel zu

[14]) Bei diesem Ergebnisse braucht hier nicht auf die oben erwähnten Streitfragen näher eingegangen zu werden.

Digitized by Google

erwähnen ist.[15]) Ein Verstoß gegen diese letztere Vorschrift muß deshalb gleichfalls zur Nichtigkeit der aus der zweiten Klausel betriebenen Vollstreckung führen.

b) Die Erfordernisse der §§ 750 bis 752.

§ 23.

α. Ihre Bedeutung im allgemeinen.

Im direkten Anschluß an die Vorschriften über die Vollstreckungsklausel (§§ 724 bis 749) gibt die ZPO. in den §§ 750 bis 752 Bestimmungen über den Beginn der Zwangsvollstreckung, die sämtlich dieselbe Wortfassung aufweisen: „Die Zwangsvollstreckung darf nur beginnen" (im § 752 ist statt des „nur" ein „erst" enthalten). Dieser gleichmäßig wiederkehrende Wortlaut sowohl, als die Stellung der 3 Vorschriften unmittelbar hintereinander zwingen zu dem Schlusse, sie unter den Bedingungen der Zwangsvollstreckung auch gleichmäßig zu behandeln, obwohl nicht zu verkennen ist, daß ihr Inhalt keineswegs gleichartig ist. Denn während § 750 und § 752 sich rein auf Formalien beziehen, enthält § 751 eine Befristung und eine Bedingung des Vollstreckungsanspruchs selbst, betrifft somit eigentlich eine sachliche Voraussetzung. Während aber die sonstigen Anspruchsvoraussetzungen vor Erteilung der Klausel und von anderen Behörden, als den Vollstreckungsorganen, zu prüfen sind, hat man den Eintritt des Kalendertages und den Nachweis der Sicherheitsleistung der Kontrolle des Vollstreckungsbeamten unterstellen zu können geglaubt und hat diese Bedingungen deshalb dem Erfordernis der Vollstreckungsklausel selbständig angereiht, statt sie vor deren Erteilung feststellen zu lassen. Sind sie aber als Voraussetzungen eigener Art neben die Klausel gestellt und haben sie für den Beginn des Verfahrens die gleiche Bedeutung wie diese, so müssen sie dementsprechend ebenfalls als formelle Voraussetzungen angesehen werden. Die sämtlichen in den §§ 750 bis 752 enthaltenen Erfordernisse bilden also gleichmäßig besondere Prozeßvoraussetzungen der

[15]) Abs. 4 des § 733. Nach Heilbut, ArchZivPrax. 69, 406 soll diese Vorschrift nur instruktionell sein. Dagegen spricht aber die Analogie des § 730 Abs. 3.

Digitized by Google

Zwangsvollstreckung und gelten als solche, wie die Klausel, für alle Titel und für alle Arten der Vollstreckung.[1])

Aus dieser Gleichstellung mit der Vollstreckungsklausel ergibt sich aber auch zugleich die weitere Konsequenz, daß der Mangel einer der in den §§ 750 bis 752 aufgestellten Voraussetzungen dieselbe Folge haben muß, wie der Mangel einer formell ordnungsmäßigen Vollstreckungsklausel, also die Nichtigkeit des gesamten Verfahrens. Im wesentlichen entspricht dieses Ergebnis auch der herrschenden Meinung. Abgesehen von Riehl und Weigelin, die ihrer prinzipiellen Anschauung konsequent auch hier nur Anfechtbarkeit zulassen wollen, ist man darüber einig, daß eine unter Nichtbeachtung der §§ 750 bis 752 erfolgte Zwangsvollstreckung ungesetzlich ist und keine rechtsbegründende Wirkung zu erzeugen vermag.[2]) Diese Folgerung wird allerdings fast durchgängig nur aus dem Wortlaut „darf nicht" hergeleitet, in dem man den Ausfluß eines absoluten Verbotsgesetzes erblicken will. Jedenfalls herrscht, mag auch die Begründung verschieden sein, im Ergebnis hinsichtlich des allgemeinen Grundsatzes der Nichtigkeit Übereinstimmung. Bezüglich der im einzelnen daraus abzuleitenden Folgen gehen indessen die Ansichten weit auseinander.

In der Praxis ist namentlich die Auffassung weit verbreitet, daß die Sach- und Rechtslage dem Schuldner gegenüber anders zu beurteilen sei, als Dritten, besonders nachpfändenden Gläubigern

---

[1]) Meist werden sie nur „Bedingungen des Beginns der Zwangsvollstreckung" genannt, so Struckmann-Koch, Petersen-Anger, Hellmann, Lehrb. 845, auch Gaupp-Stein. — Stein in Birkmeyers Enzyklopädie zählt sie jedoch ausdrücklich zu den Prozeßvoraussetzungen. — Dagegen spricht Rich. Schmidt, Lehrb. (2) 915 hier von „Bedingungen des Vollstreckungsschutzes", und stellt sie ausdrücklich in Gegensatz zu den Prozeßvoraussetzungen, zu denen er nur Partei- und Prozeßfähigkeit, Vertretung und Zuständigkeit rechnet.

[2]) Vgl. die sämtlichen Kommentare, Planck 2, 666, Fitting 512, Rich. Schmidt, Lehrb. (2) 934, Hellmann, Lehrb. 845, Richter 78, Krech-Fischer (2) 144, Seuffert, ZZP. 3, 351, Heldmann daselbst 21, 478, Bülow daselbst 30, 88, Hellwig, Pfändung von Forderungen 120, Falkenstein, Dissertation 11, Gesellius, Dissertation 32, ferner RG. in 6, 388, 8, 431, 11, 402, 20, 433, 25, 370, in GruchotsBeitr. 31, 846, in JW. 99, 537, zuletzt in Entsch. 56, 212; BayObLG. in SeuffBl. 49, 297. — Vgl. noch RGSt. 14, 151 u. BayObLGSt. (nach einem Zitat bei Warneyer 3, 490). Auch Falkmann 152 folgt dieser Ansicht, jedoch nur für §§ 750, 751, auffallenderweise dagegen nicht für § 752 („lediglich instruktionell" 162).

Digitized by Google

gegenüber. Wenn nämlich die nach § 750 erforderliche Zustellung zwar zunächst unterblieben, dann aber nachgeholt ist, so soll damit dem Schuldner gegenüber die Zwangsvollstreckung nachträglich rechtmäßig und wirksam werden, denn „es laufe auf eine unnötige Formalität hinaus",[3]) wenn auch die Pfändung nochmals vorgenommen werden sollte. Zum Nachteile dritter Gläubiger jedoch, die in der Zwischenzeit Vollstreckung betrieben hätten, könne die Konvaleszenz nicht geltend gemacht werden.[4])

Diese Unterscheidung aber ist sachlich ungerechtfertigt, widerspricht dem Sinn und Zweck des Gesetzes und kann nicht einmal, wie von den Vertretern jener Ansicht hervorgehoben zu werden pflegt, als besonders praktisch betrachtet werden. Theoretisch verkörpert diese Meinung die sogen. relative Nichtigkeit, ein Zwitterding, das von der neueren Gesetzgebung mit Recht nicht mehr anerkannt wird. Sie steht in Widerspruch zu dem auch vom Reichsgericht sonst stets festgehaltenen Obersatze, daß ein absolutes Verbotsgesetz in Frage stände. Sie widerspricht aber namentlich der offenbaren Absicht des Gesetzes. Denn der Eintritt des Kalendertages, der gemäß § 751 genau so wie die Zustellung nach § 750 formelle Voraussetzung des Vollstreckungsbeginnes ist, erfolgt in jedem Falle nachträglich, und wenn trotz § 751 ein Gläubiger mit voller Wirkung gegenüber dem Schuldner schon früher pfänden dürfte, so würde das Gesetz einfach beiseite geschoben und illusorisch gemacht werden. Der Gläubiger hätte dann in der Tat „einen Freibrief für zu frühe Pfändung",[5]) er erhielte „eine Prämie für ungesetzmäßiges Vorgehen".[6]) Es ist auch keineswegs zutreffend, daß eine nochmalige Pfändung im Verhältnisse zum Schuldner eine unnötige Formalität sei. Denn möglicherweise kann der Schuldner in der Zwischenzeit noch Sachen veräußert oder sonst beiseite geschafft haben und dann wird die

---

[3]) RG. in GruchotsBeitr. 28, 845.

[4]) So RG. in 20, 433, 25, 371, in SeuffA. 49 Nr. 127, in GruchotsBeitr. 28, 845, 36, 468, in JW. 93, 199[14]. OLG. München in SeuffA. 55 Nr. 247, OLG. Dresden in SächsAnn. 7, 547 (unter Berufung auf RG. in WenglArch. 85, 361). LG. I Berlin, Vollstr.Ztschr. 11, 147. Vgl. auch RG. in JW. 82, 166.

[5]) Gaupp-Stein § 750 I.

[6]) Neukamp, Dissertation 14 (oben § 1 Anm. 15).

Digitized by Google

Frage nach dem Zeitpunkte der gültigen Pfändung von erheblicher praktischer Bedeutung. Sie wird insbesondere auch auf strafrechtlichem Gebiete praktisch. Denn die Konvaleszierungstheorie müßte konsequent den Schuldner aus § 137 StGB. bestrafen, wenn er vor der nachträglichen Zustellung, ohne selbst Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung erhoben zu haben, die mit den Pfandsiegeln versehenen Sachen veräußert hat.[7]) Danach wäre die Entscheidung der Frage, ob eine strafbare Handlung vorliegt oder nicht, der Willkür des Gläubigers anheimgegeben, der es völlig in der Hand hat, die nachträgliche Zustellung zu betreiben oder zu unterlassen. Man kann auch nicht einwenden, daß die Rechtslage bei Antragsdelikten die gleiche sei. Denn § 137 StGB. will nicht das Recht des Gläubigers schützen und ist nicht in seinem Interesse gegeben, wie dies bei den Antragsdelikten der Fall ist, sondern die Verletzung des Staatshoheitsrechts soll durch § 137 geahndet werden, wie dessen Stellung im 7. Abschnitt deutlich erkennen läßt, und der Schutz dieses staatlichen Interesses darf nicht von Parteiwillkür abhängig sein.[8])

Die Nachholungs- oder Konvaleszierungstheorie[9]) ist also unbedingt zu verwerfen.[10]) Nicht minder aber ist eine zweite Unterart der Nichtigkeitslehre abzulehnen, die zwar Konvaleszenz durch Nachholung ebenfalls verwirft, die aber einen Verzicht des Schuldners zulassen will für den Fall, daß auf Erinnerung oder Beschwerde mündliche Verhandlung anberaumt worden ist und in dieser der Schuldner den Mangel der „nur in seinem Interesse

---

[7]) Bedenken in dieser Richtung auch bei Riehl, JJP. 17, 59.

[8]) Zweifelhaft RGSt. 9, 403: „Ein Verstoß bezüglich der Zustellung des Urteils würde den Schuldner nicht ohne weiteres (?) berechtigt haben, die Pfändung als nicht geschehen zu betrachten." Dies könnte doch nur dann zutreffen, wenn der Schuldner etwa Zweifel an der Gültigkeit der vor der Pfändung erfolgten Zustellung hat.

[9]) Heilung durch Nachholung nimmt auch an Francke, Offenbarungseid 70, falls z. Zt. des Termins der Mangel behoben sei.

[10]) Gegen sie wenden sich ausdrücklich die Kommentare, RG. selbst in JW. 88, 424 [5], Planck 2, 666, Rich. Schmidt, Lehrb. (2) 934, Rassow in Gruchots Beitr. 33, 147, Falkmann 160, Neukamp in GruchotsBeitr. 35, 576 und in seiner Dissertation 12, 17, 19; Bülow, JJP. 30, 91, Weigelin 23. — Die neueste Entscheidung des RG. 56, 212 verneint nur, im Anschluß an 25, 371, die Konvaleszenz gegenüber dritten Gläubigern.

Digitized by Google

aufgestellten Erfordernisse" nicht gerügt hat. Dann soll nämlich § 295 Anwendung finden.[11])

Mit Recht wirft Guttmann[12]) dieser Meinung Inkonsequenz vor. Denn wenn wirklich der Schuldner durch Nichtrüge verzichten könnte, so wäre nicht einzusehen, warum in dem widerspruchslosen Geschehenlassen der nachträglichen Zustellung nicht ebenfalls ein solcher Verzicht liegen sollte, gerade diese letztere Annahme bekämpft aber auch die Verzichtslehre. Die Möglichkeit des Verzichts ist zudem, wie allseitig anerkannt ist, beim Mangel der nach § 752 vorgeschriebenen Anzeige völlig ausgeschlossen, weil diese Bestimmung gänzlich unabhängig von einem Interesse des Schuldners im alleinigen Interesse der Militärbehörde erlassen ist. Damit ist also doch schon zugegeben, daß eine gleichmäßige Durchführung jener Ansicht für alle Fälle der §§ 750 bis 752 unmöglich ist. Endlich fällt die Analogie der Vollstreckungsklausel erheblich ins Gewicht. Denn wenn man allgemein — und mit Recht — annimmt, daß das Erfordernis der Klausel absolut und jedem Parteiverzicht entzogen sei, so fehlt es an einem zureichenden Grunde, um die Zustellung nach § 750, die man in allen sonstigen Beziehungen der Klausel gleichsetzt, in diesem einen Punkte anders behandeln zu wollen. Das Schlagwort „Interesse des Schuldners" ist als eine genügende Begründung sicherlich nicht anzusehen. Das Interesse des Schuldners spielt selbstverständlich bei allen prozessualen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung eine gewisse Rolle, auch bei der Vollstreckungsklausel, aber es ist nicht das ausschlaggebende Moment, im Vordergrunde steht vielmehr das öffentliche Interesse des Staates, welches darauf gerichtet ist, daß die Rechtspflegetätigkeit der Vollstreckungsorgane sich in allgemein gültigen festen Formen abspielen muß und nicht von Fall zu Fall der Parteiwillkür überlassen bleiben darf. Ob § 295 im Zwangsvollstreckungsverfahren überhaupt zur Anwendung kommen kann, mag dahingestellt bleiben, auf unverzichtbare Voraussetzungen kann er jedenfalls hier ebensowenig angewandt werden, wie im Erkenntnisverfahren.

---

[11]) So Gaupp-Stein, Seuffert, Petersen-Anger, Falkmann 153, RG. in GruchotsBeitr. 43, 1232 und Entsch. 37, 378.

[12]) ZZP. 29, 397 ff., bes. 401. — Gegen Zulässigkeit eines Verzichts noch ausdrücklich Bülow, ZZP. 30, 91.

Digitized by Google

Kann sonach den Ausführungen Guttmanns, soweit sie sich gegen die Verzichtstheorie richten, nur in vollem Umfange zugestimmt werden, so sind seine weiteren Darlegungen, die auf eine Bekämpfung der Nichtigkeitslehre hinauslaufen, keinesfalls als zutreffend anzuerkennen. Auf diese Angriffe muß deshalb noch im einzelnen eingegangen werden.

Als ersten Grund gegen die Nichtigkeitslehre führt Guttmann an,[13]) es müsse bei Nichtigkeit einer Pfändung wegen mangelnder Zustellung notwendigerweise auch die Anschlußpfändung nichtig sein, gerade diese Konsequenz aber werde allgemein von den Anhängern der Nichtigkeitstheorie selbst nicht gezogen. Die letztere Tatsache ist allerdings richtig, es wird allseitig behauptet,[14]) daß die Gültigkeit der Anschlußpfändung durch den Mangel der Zustellung bei der Erstpfändung nicht berührt wird. In der Tat sind aber auch beide Fragen getrennt zu behandeln und ein Abhängigkeitsverhältnis in dem Sinne, daß die Nichtigkeit der Erstpfändung von selbst Nichtigkeit der Anschlußpfändung nach sich ziehen müßte, besteht in Wirklichkeit nicht. Eine derartige Auffassung würde der besonderen Gestaltung der Anschlußpfändung nicht gerecht werden. Denn wenn § 826 in der protokollarischen Erklärung allein eine erleichterte Form der Pfändung solcher Sachen zuläßt, die bereits gepfändet sind, so soll damit nur eine Wiederholung der im § 808 regelmäßig vorgeschriebenen Form der Besitznahme oder der Kenntlichmachung für entbehrlich erklärt werden. Lediglich dieses eine Erfordernis des § 808 wird damit zu einem gemeinsamen Merkmal beider Pfändungen, in allen übrigen Voraussetzungen sind beide völlig selbständig und unabhängig voneinander zu beurteilen. Es ist das Verhältnis zweier sich schneidender Linien, die nur den Schnittpunkt gemeinschaftlich haben, in allen anderen Punkten aber auseinanderfallen. Wie von zwei solchen Linien die eine entfernt werden kann, ohne daß die zweite davon berührt würde, und wie eine Zerstöruug beider zugleich nur durch Wegnahme des Schnittpunkts selbst bewirkt werden kann, so bleibt auch die Unwirksamkeit

[13]) S. 401.

[14]) Vgl. Gaupp-Stein § 826 III, Petersen-Anger § 826 N. 3, Seuffert § 826 N. 5, Struckm.-Koch § 826 N. 1, Wilm.-Levy § 727 N. 1, überdies auch Jastrow, ZZP. 10, 277, auf den sich Guttmann mit Unrecht für seine Auffassung beruft.

Digitized by Google

der Erstpfändung, soweit sie auf anderen Gründen, als auf einem Verstoß gegen § 808 beruht, ohne Einfluß auf die Gültigkeit der Anschlußpfändung. Der zweitpfändende Gerichtsvollzieher hat also nur zu prüfen, ob Besitznahme oder Kenntlichmachung formell ordnungsmäßig erfolgt sind, im übrigen bleiben die Voraussetzungen der früheren Pfändung für ihn außer Betracht. Diese letzteren sind für ihn ja auch gar nicht zu erkennen, und wenn man ihm etwa zumuten wollte, zunächst die Akten des ersten Gerichtsvollziehers daraufhin einzusehen, würde man nicht eine Erleichterung, sondern eine Erschwerung des Anschlusses erreichen. Guttmann selbst ist sich übrigens nicht konsequent geblieben. Denn wenn die Wirksamkeit der Anschlußpfändung von der Wirksamkeit der Erstpfändung bedingt wäre, so könnte es weder auf die Gründe, noch auf die Grade der Unwirksamkeit der Erstpfändung ankommen, es müßte also, selbst wenn der Mangel der Zustellung nur zur Anfechtbarkeit führen würde, doch bei erfolgreicher Anfechtung die Anschlußpfändung ebenfalls hinfällig werden, was Guttmann indessen verneint. Diesen Unterschied sucht er mit folgenden Ausführungen zu begründen: „Nach der Anfechtungslehre sei die Erstpfändung vor Titelzustellung zwar noch nicht gültig, also sei auch noch keine abgeschlossene Besitznahme erfolgt, aber diese letztere sei in der Entstehung begriffen und nur der Vollendung bedürftig. Sie sei fertig, wenn Zustellung oder Verzicht hinzukäme, und die gleiche Wirkung habe auch die Anschlußpfändung — natürlich für den Anschlußgläubiger. Sei er befriedigt, so bleibe wieder nur das unfertige Besitzverhältnis der Erstpfändung zurück. Der Pfandbesitz der Gerichtsvollziehers habe also gleichzeitig zugunsten des Anschlußgläubigers volle Wirkung, für den Erstgläubiger jedoch nicht."

Diese Konstruktion ist indessen unhaltbar. Das tatsächliche Verhältnis des Besitzes ist in jedem Falle mit der Wegnahme der Sachen oder mit der Anbringung der Pfandzeichen fertig abgeschlossen, ein unfertiger Besitz ist eine rechtliche Unmöglichkeit. Den richtigen Gedanken entwickelt Guttmann selbst kurz darauf, wenn er über die Pfändung der dem Schuldner nicht gehörigen Sachen und die darauf erfolgte Anschlußpfändung ausführt: „In diesen Fällen erwirbt der Gerichtsvollzieher den — nach §§ 113 und 137 StGB. geschützten — Pfandbesitz und nur davon ist die An-

Digitized by Google

schlußpfändung, weil sie keine eigene Besitzergreifung enthält, abhängig. Ob der Pfandbesitz dem Erstgläubiger zugleich ein Pfandrecht gibt und ob dies bestehen kann, ist für die Anschließung unerheblich." Den Beweis für die weitere Behauptung, daß die Vertreter der Nichtigkeitslehre sich „vergeblich" auf diesen allgemeinen Satz berufen, ist Guttmann schuldig geblieben.

Der zweite Einwand, den Guttmann [15]) gegen die Nichtigkeitslehre erhebt, betrifft die Zwangsversteigerung der Sachen, die ohne vorangegangene Titelzustellung gepfändet worden sind. Er meint, die Nichtigkeitslehre müsse in dieser Hinsicht zu der Konsequenz führen, daß auch die Versteigerung nichtig sei. Denn das scheinbare Pfändungspfandrecht gäbe nicht die Befugnis zum Zwangsverkaufe; bestehe es nicht, so übertrage der Zuschlag auch nicht Eigentum. Der Erwerber sei zwar gutgläubig, soweit er den Mangel der Titelzustellung und infolgedessen auch die Nichtigkeit des Pfandrechts nicht kenne; aber solche Mängel decke der gute Glaube nicht (§ 935 Abs. 2 BGB.). Nur durch die rechtmäßige Veräußerung des Pfandes erlange der Erwerber die gleichen Rechte, wie wenn er die Sache von dem Eigentümer erworben hätte (§ 1242 BGB.). Wann ein Pfandverkauf nach bürgerlichem Recht unrechtmäßig sei, sage § 1243 BGB., wann nach Prozeßrecht, die ZPO.; aber stets sei die Voraussetzung, daß ein Pfandrecht bestehe.

Diese Ausführungen Guttmanns finden jedoch in den gesetzlichen Bestimmungen über den Pfandverkauf nicht nur keine Stütze, sondern stehen sogar mit ihnen in Widerspruch. Zunächst besagt § 935 Abs. 2 BGB. kein Wort davon, daß die Nichtkenntnis eines Nichtigkeitsmangels durch den guten Glauben nicht gedeckt würde, er stellt vielmehr im Gegensatz zu Abs. 1 auch für gestohlene, verlorene oder sonst abhanden gekommene Sachen im Falle öffentlicher Versteigerung die Regel des § 932 wieder her, so daß selbst vom Diebe der Gutgläubige in der Versteigerung Eigentum erwerben kann. Wie hieraus ein argumentum e contrario gegen den Pfändungsgläubiger, der den Titel nicht hat zustellen lassen, gefolgert werden soll, ist unverständlich. Die fernere Behauptung Guttmanns, daß eine rechtmäßige Veräußerung des Pfandes gemäß §§ 1242, 1243 BGB. stets ein Pfandrecht zur

[15]) S. 404.

Digitized by Google

Voraussetzung haben müsse, wird schon durch die ausdrückliche Bestimmung des § 1244 BGB. widerlegt, die Guttmann entgangen zu sein scheint. Denn § 1244 lautet: „Wird eine Sache als Pfand veräußert, ohne daß dem Veräußerer ein Pfandrecht zusteht, so finden die Vorschriften der §§ 932 bis 934, 936 (also die über den Erwerb in gutem Glauben) entsprechende Anwendung, wenn die Veräußerung nach § 1233 Abs. 2 erfolgt ist oder die Vorschriften des § 1235 oder des § 1240 Abs. 2 beobachtet worden sind." Die beiden letzteren beziehen sich auf die nach BGB. zugelassene öffentliche Versteigerung, während § 1233 Abs. 2 besagt: „Hat der Pfandgläubiger für sein Recht zum Verkauf einen vollstreckbaren Titel gegen den Eigentümer erlangt, so kann er den Verkauf auch nach den für den Verkauf einer gepfändeten Sache geltenden Vorschriften bewirken lassen." Eine weitere Widerlegung Guttmanns dürfte nach diesen ausdrücklichen Gesetzesworten wohl entbehrlich sein, sodaß auch sein zweiter Angriff gegen die Nichtigkeitslehre in jeder Beziehung als verfehlt bezeichnet werden muß.

Das gleiche gilt von dem Ergebnisse, das Guttmann auf Grund seiner eigenen Ansicht an die Stelle der Nichtigkeit setzen will. Er sucht nämlich die Nachholungs- und die Verzichtstheorie zu vereinigen, indem er zusammenfassend sagt:[16]) „Das Pfändungspfandrecht ist stets die Privatrechtswirkung eines Verfahrens, das erst zum Abschlusse gelangt, wenn zur Vollstreckungshandlung die — zuvorige, gleichzeitige oder nachträgliche — Titelzustellung oder der Verzicht auf diese hinzukommt." Wenn diese Auffassung wirklich zutreffend wäre, so wäre kein Grund dafür einzusehen, warum das Gesetz sich gerade der Worte bedient hat „die Zwangsvollstreckung darf erst beginnen". Es hätte dann doch viel näher gelegen, einen Ausdruck zu gebrauchen, der den Zeitpunkt der Zustellung als unwesentlich hätte erscheinen lassen, man hätte also etwa sagen müssen, die Zustellung hat spätestens bis zur Beendigung des Verfahrens zu erfolgen, diese Fassung hat man aber absichtlich nicht gewählt. Nach Guttmann wäre ferner die Vorschrift des § 929 Abs. 3, nach der beim Arrest die Zustellung des Titels der Pfändung innerhalb bestimmter Frist auch nachfolgen darf, völlig überflüssig. Denn sie würde dann nicht mehr, wie

[16]) S. 436.

Digitized by Google

ihre Entstehungsgeschichte mit voller Klarheit ergibt, gegenüber § 750 den Charakter einer Ausnahmevorschrift tragen, sondern sie würde durch dessen allgemeine Bestimmung schon mit umfaßt sein. Guttmann behauptet denn auch, in § 929 Abs. 3 seien in Wahrheit die prozessualen Grundlagen jedes Pfändungspfandrechts der Nachholungslehre gemäß bezeichnet. Indessen ist dieser Satz doch nichts weiter, als ein Wunsch de lege ferenda und beseitigt de lege lata die ausdrückliche Vorschrift des § 750 keineswegs. Überdies ergibt gerade die Betrachtung des § 929 Abs. 3 noch ein anderes Bedenken gegen die Guttmannsche Ansicht. Denn dort ist wenigstens eine feste Nachfrist angegeben, dagegen läßt sich aus § 750 eine Frist für die Nachholung nicht entnehmen, obwohl doch zweifellos, wie auch Guttmann selbst erklärt „das Bedürfnis nach einer Frist besteht, nach deren Ablauf der Mangel der Zustellung vom Schuldner nicht mehr gerügt werden kann". Diese Frist „müßte" nach seiner Meinung eine einmonatige sein, mit Rücksicht auf §§ 516, 552, 557 Abs. 2 einerseits, § 816 andererseits. Auch in diesem Punkte kennzeichnet sich also die Guttmannsche Theorie lediglich als ein Postulat de lege ferenda, anstatt von dem Boden des geltenden Rechtes auszugehen.

Zum Schlusse müssen noch einige kurze Worte der Anfechtungstheorie gewidmet werden, die auch hier, wie schon bemerkt, von Riehl und Weigelin vertreten wird. Gegen sie sprechen die gleichen Gründe, wie gegen die Verzichtslehre. Denn wie durch stillschweigenden Verzicht, so würde es dem Schuldner auch durch Unterlassung der Anfechtung nach seinem Belieben möglich sein, einem Gläubiger, der gegen das Gesetz zu früh gepfändet hat, den Vorrang zu sichern gegenüber dem ordnungs- und gesetzmäßig verfahrenden Gläubiger, man müßte also zu einem Ergebnis gelangen, das dem Sinn und Zweck des Gesetzes zweifellos zuwiderläuft. Auch die Begründung, die neuerdings Kohler[17]) zu geben versucht hat, ist nicht geeignet, dieses Ergebnis zu rechtfertigen. Er meint, die Nichtigkeitslehre sei „unglaublich formalistisch und würde dem bösen Glauben des Schuldners, der nur auf einen solchen verborgenen Fehler lauerte, Tür und Tor öffnen. In der Tat hat er nur das Recht, nach §§ 766, 732 Einwendungen zu erheben, Das genügt!" Für den Schutz der konkurrierenden Gläubiger, auf den es in erster

[17]) Holtzendorffs Enzyklopädie 2, 160 N. 3.

Digitized by Google

Linie ankommt, genügt es indessen keinesfalls, denn gerade sie würden dadurch dem bösen Glauben des Schuldners ausgeliefert werden, der im Bunde mit dem zu früh pfändenden Gläubiger nur darauf lauerte, das Verfahren ohne Einwendung zum Abschluß zu bringen. Allerdings behauptet Heilbut „das Interesse anderer Gläubiger des Schuldners würde dadurch in keiner Weise verletzt, daß diesem gegenüber die gesetzliche Vorschrift nicht innegehalten ist.“ [18]) Wenn aber z. B. für zwei Gläubiger die Geltendmachung ihrer Ansprüche vom Eintritt desselben Kalendertages abhängt und der eine schon vor diesem Tage pfändet, während für den zweiten ein genügendes Vollstreckungsobjekt nicht mehr übrig bleibt, so liegt doch unleugbar eine schwere Schädigung der Interessen des zweiten Gläubigers vor. Heilbut läßt jedoch nicht nur die konkurrierenden Gläubiger ohne Grund unberücksichtigt, sondern er geht sogar noch weiter und will nicht einmal dem Schuldner in allen Fällen die Anfechtung zugestehen, nämlich dann nicht, wenn „trotz Nichtbeachtung der Form eine eigentliche Verletzung des schuldnerischen Interesses nicht vorliegt.“ [19]) Der Ausschluß der Anfechtung soll danach eintreten: 1. wenn die Zustellung des Titels zwar vorher erfolgt sei, aber an einem wesentlichen Formfehler leide; — denn nach dem Zwecke des Gesetzes komme es nur darauf an, dem Schuldner vom Inhalte des Titels Kenntnis zu verschaffen, und dies geschehe auch durch eine formwidrige Zustellung; — 2. wenn die Zustellung zwar erst nach der Pfändung, aber unmittelbar darauf erfolge, denn dann käme der Schuldner mit der Erinnerung aus § 766 doch zu spät. Mit der letzteren Annahme bewegt sich Heilbut lediglich auf dem Boden der Nachholungstheorie und ist insofern also schon durch die oben gegen jene Theorie angeführten Gründe widerlegt. Auf den ersten Fall wird noch später zurückzukommen sein.[20])

Endlich ist gegen die Anfechtungslehre noch hinzuweisen auf den bereits erwähnten § 929 Abs. 3. Denn er hätte nicht durch eine besondere Novelle eingefügt zu werden brauchen, wenn schon aus § 750 zu folgern gewesen wäre, daß die Nichtanfechtung von seiten des Schuldners die Wirksamkeit des Arrestpfandrechts auch

[18]) ArchZivPrax. 69, 395.

[19]) S. 422.

[20]) Vgl. § 24 unter I.

Digitized by Google

Dritten gegenüber begründete.[21]) Das Endergebnis ist also, daß keiner der von den verschiedensten Gesichtspunkten aus unternommenen Konstruktionsversuche eine befriedigende Lösung zu bieten vermag, sondern daß theoretisch und praktisch allein die Nichtigkeitstheorie zum Ziele führt.

Ein Verstoß gegen die Vorschriften der §§ 750 ff. ist demnach von Amts wegen zu beachten und nicht nur der Schuldner, sondern jeder interessierte Dritte kann während des Verfahrens den Mangel nach § 766 geltend machen und die Aufhebung der unrechtmäßig erfolgten Vollstreckungsmaßregeln herbeiführen. Die Unwirksamkeit wird auch nicht durch die Beendigung der Vollstreckung geheilt, insbesondere verbleibt den konkurrierenden Gläubigern trotz durchgeführter Versteigerung die Möglichkeit, gegen den Erstgläubiger vorzugehen. Hatten sie dieselbe Sache im Wege des Anschlusses nach § 826 gepfändet, so haben sie gemäß § 1247 BGB. einen unmittelbaren Anspruch auf Herausgabe des Erlöses, oder doch nach § 951 BGB. auf Zahlung der entsprechenden Summe, denn der Erlös „gebührt" dem Erstgläubiger, der ungesetzlich verfahren ist, nicht und tritt deshalb an die Stelle des Pfandes. Hatten sich die späteren Gläubiger der Pfändung nicht angeschlossen und war die von ihnen versuchte Zwangsvollstreckung in das sonstige Vermögen des Schuldners erfolglos, so steht ihnen gegen den Erstgläubiger ein Bereicherungsanspruch gemäß § 812 BGB. zu. Denn der Gläubiger, der entgegen § 750 ZPO. gepfändet und den Erlös aus dieser Pfändung erhalten hat, hat ihn ohne rechtlichen Grund auf Kosten des nachfolgenden Gläubigers erlangt.

Im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner dagegen ist eine derartig einheitliche Rechtsfolge nicht festzustellen, vielmehr ist zu unterscheiden: Liegt der Verstoß darin, daß ein nicht unterschriebenes oder nicht verkündetes Urteil oder ein sonstiger der wesentlichen Erfordernisse entbehrender Titel zu Unrecht zugestellt ist, so war eine erzwingbare Leistungspflicht des Schuldners überhaupt noch nicht begründet,[22]) infolgedessen ein Rechtsgrund für die Empfangnahme des Erlöses nicht vorhanden, so daß auch in diesem Falle die Voraussetzungen des § 812 BGB. gegeben sind, es sei denn, daß der Schuldner gewußt hat, daß er zur

[21]) Vgl. auch Guttmann 428 ff., besonders 431, gegen die Anfechtbarkeit.
[22]) Vgl. oben § 5.

Digitized by Google

Leistung nicht verpflichtet war, aber trotzdem die Pfändung hat geschehen lassen, da in diesem Falle § 814 BGB. entgegenstehen würde.

Bestand dagegen ein gesetzmäßiger Schuldtitel und damit die Verflichtung zur Leistung, so kann der Schuldner, der gegen die zu früh erfolgte Pfändung keine Einwendung innerhalb des Vollstreckungsverfahrens erhoben hat, den Erlös nicht nachträglich zurückfordern. Die Bereicherungsklage ist dann stets ausgeschlossen, weil entweder die Vorschrift des § 813 Abs. 2 oder die des § 814 BGB. entsprechende Anwendung finden muß. Denn in der Empfangnahme des Erlöses vor Ablauf des Kalendertages würde die vorzeitige Erfüllung einer betagten Verbindlichkeit zu erblicken sein (§ 813 Abs. 2 BGB.) und der Schuldner, der gewußt hat, daß er das formwidrige Verfahren nicht zu dulden verpflichtet war, kann dem ihm zwangsweise entzogenen Betrag ebensowenig zurückfordern, als wenn er freiwillig eine Leistung gemacht hat, obwohl er das Nichtbestehen einer Verpflichtung kannte (§ 814 BGB.).

§ 24.

Einzelheiten zu den §§ 750 bis 752.

I. Mit dem im § 750 Abs. 1 vorgesehenen Erfordernis der Zustellung soll der Zweck verfolgt werden, dem Schuldner von dem Inhalt des Schuldtitels und von der ihm bevorstehenden Zwangsvollstreckung Kenntnis zu geben.[1]) Aber nicht dieser Zweck ist das Wesentliche, sondern die Einhaltung der gesetzlichen Form. Es genügt also nicht, daß der Schuldner auf irgendeine andere formlose Weise von dem Titel Kenntnis erlangt, sondern es muß in jedem Falle eine förmliche Zustellung erfolgt sein, die sämtlichen Erfordernissen des Gesetzes zu entsprechen hat. Deshalb ist die oben wiedergegebene Auffassung Heilbuts,[2]) daß auch eine formwidrige Zustellung genüge, nicht als zutreffend anzuerkennen. Besonders hervorzuheben ist, daß die Zustellung, falls der Schuldner durch einen Prozeßbevollmächtigten vertreten war, gemäß § 176 an diesen und nicht an den Schuldner persönlich erfolgen muß, obwohl auf diese Weise die gesetzgeberische Absicht unter Umständen nicht erreicht wird, sofern nämlich der Bevollmächtigte nicht um-

[1]) Begr. d. Entw. 510.

[2]) S. 146.

Digitized by Google

gehend dem Schuldner Mitteilung macht. Dieses Ergebnis wird trotz anfänglichen Widerspruchs jetzt jedenfalls mit Recht von der herrschenden Meinung vertreten.[3]) Ebenso ist vorherrschend anerkannt, daß auch die vom Schuldner an den Gläubiger bewirkte Urteilszustellung genügt, da der Zweck auf diese Weise gleichfalls erreicht wird und der Wortlaut des § 750 nicht entgegensteht, vielmehr unterstützend die Vorschrift des § 221 Abs. 2 heranzuziehen ist.[4])

II. Die namentliche Bezeichnung der Parteien ist als wesentliche Voraussetzung vorgeschrieben, um die Identität der Beteiligten in zweifelsfreier Weise feststellen zu können. Ob eine Personenangabe zur Erreichung dieses Zweckes genügt, ist Tatfrage des einzelnen Falles. Ihre Beantwortung ist grundsätzlich davon abhängig zu machen, ob die Bezeichnnng eine ausreichende Gewähr für die Ermittelung der richtigen Subjekte und für die Verhütung von Verwechselungen bietet oder nicht. Deshalb fallen gewisse kleine Ungenauigkeiten oder unbedeutende Abweichungen im allgemeinen nicht ins Gewicht, so namentlich die falsche Angabe oder das gänzliche Fehlen des Vornamens, sofern aus der Berufsbezeichnung und der Wohnungsangabe die Identität festzustellen ist. Ebenso können Bezeichnungen, wie: „die Ehefrau des Schlossermeisters A." oder „die beiden minderjährigen Kinder des Arbeiters B." auch ohne Benennung der Vornamen genügen.[5]) Auch ein Künstlername wird im allgemeinen zur Feststellung der Persönlichkeit als ausreichend angesehen werden können.[6]) Daß bei einem Kaufmann die Firmenbezeichnung den bürgerlichen Namen ersetzt, besagt § 17 HGB. ausdrücklich. Dagegen ist eine Zwangsvollstreckung nicht

[3]) So die Kommentare, Falkmann 150, Richter 79, RG. in JW. 88, 222, RGSt. 16, 275, OLG. Dresden, ZZP. 7, 109, die Redaktion daselbst 8, 518 (gegen LG. Oppeln), OLG. Dresden, SächsOLG. 21, 263, OLG. Naumburg, NaumburgZtg. 96, 01. — A. M. Bunsen 140, RG. in JW. 88, 155 u. LG. Oppeln, ZZP. 8, 517.

[4]) Vgl. die Kommentare, Falkmann 151, Planck 1, 409, 470, Walter VollstrZtschr. 11, 74, OLG. Posen, PosMSchr. 2, 64. A. M. LG. I. Berlin, KGBl. 11, 28 u. bei Lisiecki-Drewes (gegen letztere Entsch. Eccius in Gruchots Beitr. 41, 489) u. LG. Magdeburg, NaumburgZtg. 88, 43 (dagegen der Einsender).

[5]) Vgl. auch Weizsäcker, ZZP. 27, 72.

[6]) Vgl. Falkmann 155, Weizsäcker a. a. O., LG. Bremen DJZ. 1905 752. A. M. Gaupp-Stein § 253 Anm. 14. — Dernburg in seinem Bürg. Recht Bd. I hat seine frühere abweichende Ansicht, (1) 139, jetzt aufgegeben, (2) 151.

Digitized by Google

zulässig aus einem Titel, der nur lautet gegen „X. und Genossen“.[7]) Denn die Tatsache allein, daß in solchen Fällen nach materiellem Recht eine Mitverpflichtung anderer Personen außer der im Titel namentlich aufgeführten begründet ist, macht jene anderen noch nicht zu Vollstreckungsschuldnern, der Titel muß vielmehr ausdrücklich auch auf ihren Namen lauten. Aus dem gleichen Grunde darf eine Vollstreckung nicht stattfinden gegen den Besitzer eines Grundstücks, wenn nicht dieser selbst, sondern nur der nichtbesitzende Eigentümer verurteilt ist.[8]) Es genügt auch nicht, daß der Dritte, gegen den die Vollstreckung gerichtet werden soll, obwohl er im Titel nicht genannt ist, sich dem Gläubiger gegenüber vertragsmäßig zur Duldung verpflichtet hat, denn eine derartige vertragliche Unterwerfung bedarf gleichfalls der Aufnahme in einen Vollstreckungstitel nach § 794[5].[9]) An dem Erfordernis der namentlichen Bezeichnung muß aber auch dann festgehalten werden, wenn schon aus dem Titel selbst die Zulässigkeit der Vollstreckung gegen einen etwaigen Rechtsnachfolger des ursprünglichen Schuldners hervorgeht, also im Falle des § 800. Die Klausel darf demnach nicht ohne Namensnennung nur gegen den jeweiligen Eigentümer erteilt werden. § 800 Abs. 2 erklärt lediglich die Zustellung der das Eigentum nachweisenden Urkunden, die an sich nach § 750 erfolgen müßte, für entbehrlich, läßt aber weitere Ausnahmen von § 750 nicht zu.[10])

III. Der Ablauf des Kalendertages (§ 751) muß vor dem Beginn der Zwangsvollstreckung eingetreten sein. Es ist diese Bestimmung namentlich für Unterhaltsansprüche wichtig. Denn sie hat zur Folge, daß für die am Quartalsersten fällig werdende Rate nicht das am gleichen Tage fällige Gehalt gepfändet werden darf.

[7]) Vgl. OLG. Naumburg, NaumburgZtg. 99, 29, Falkmann 155. — Daß der Gläubiger, um einen derartigen Mangel zu beseitigen, entweder den Berichtigungsantrag stellen oder neue Klage erheben muß, darüber vgl. oben § 3 a. E.

[8]) RG. 38, 398. Vgl. dazu die besondere Bestimmung in § 93 ZVG.

[9]) RG. in GruchotsBeitr. 36, 891, in SeuffA. 46 Nr. 295. Vgl. auch die Kommentare u. Falkmann 155.

[10]) Die gegenteilige Ansicht Schefolds in WürttZ. 06, 232, nach welcher die namentliche Bezeichnung durch das Zeugnis des Grundbuchamts ersetzt werden soll, erscheint nicht stichhaltig begründet. Denn sonst müßte auch bei einer Vollstreckung aus § 749 das Testamentsvollstreckerzeugnis genügen oder aus § 729 Abs. 2 der Auszug aus dem Handelsregister, was doch zweifellos nicht zutrifft. Vgl. auch Gaupp-Stein zu § 800 und Falkmann 128 f.

Digitized by Google

Ist der Tag ein Sonn- oder Feiertag, so tritt an seine Stelle der nächstfolgende Werktag. Denn es handelt sich um die Fälligkeit des materiellen Anspruches selbst und deshalb ist § 193 BGB. maßgebend.[11])

§ 751 hat durch die Novelle von 1898 noch eine Erweiterung erfahren infolge der Einfügung des § 798, der in gewissen Fällen einen besonderen Fristablauf verlangt, ehe die Zwangsvollstreckung beginnen darf, und der deshalb an dieser Stelle ebenfalls zu berücksichtigen ist. Die Vorschrift lautet: „Aus Kostenfestsetzungsbeschlüssen und aus den nach § 794 Nr. 5 aufgenommenen Urkunden darf die Zwangsvollstreckung nur beginnen, wenn der Schuldtitel mindestens einen Tag vorher zugestellt ist." Sie enthält, entgegen der ursprünglich beantragten Fassung — „24 Stunden" — und auch entgegen der Absicht der Gesetzgeber, eine Tages- und keine Stundenfrist.[12]) Es muß also ein voller Tag zwischen Zustellung und Vollstreckungsbeginn liegen. Deshalb kann, wenn die Zustellung an einem Sonnabend erfolgt ist, eine Vollstreckungshandlung erst am Dienstag vorgenommen werden, da der Sonntag nicht mitgerechnet wird. Es kommt in dieser Hinsicht Abs. 2 des § 222 in Frage, nicht Abs. 3, wie Gaupp-Stein annehmen.[13])

Wird die Vorschrift des § 798 verletzt, so tritt, entsprechend der Nichtbeachtung des § 751, Nichtigkeit der Pfändung ein, wie auch fast ausnahmslos anerkannt ist.[14])

3. Die Form des Pfändungsaktes selbst.

§ 25.

a) Pfändung durch den Gerichtsvollzieher.

I. Gewahrsam.

Gemäß §§ 808 Abs. 1, 809 hat sich die Pfändung seitens des Gerichtsvollziehers auf diejenigen Sachen zu erstrecken, die sich ent-

[11]) Gaupp-Stein, Petersen-Anger N. 2.

[12]) Gaupp-Stein, Seuffert N. 1, Petersen-Anger N. 1, Mangler, SächsArch. 13, 623, OLG. Königsberg in SeuffA. 58 Nr. 202 (auch Rspr. 9, 194 u. NaumburgZtg. 03, 76). A. M. Falkmann 150.

[13]) So auch Mangler a. a. O.

[14]) Sämtliche Kommentare, Mangler a. a. O., Wansch, JustizbRdsch. 3, 122, OLG. Königsberg a. a. O., OLG. Rostock, Rspr. 1, 94. — Dagegen hält OLG. Naumburg, SeuffA. 61 Nr. 121 (Rspr. 13, 195) einen Verzicht des Schuldners auf die Verletzung der Frist in diesem Falle für wirksam.

Digitized by Google

weder im Gewahrsame des Schuldners oder des Gläubigers oder eines zur Herausgabe bereiten Dritten befinden.

In erster Linie ist also für den Gerichtsvollzieher als formelle Voraussetzung der Gewahrsam entscheidend, d. h. die tatsächliche Innehabung (§ 854 BGB.), im Gegensatze zu der rechtlichen Vermögenszugehörigkeit, die, wie oben dargestellt,[1]) lediglich als sachliche Beschränkung in Betracht kommt. Aber selbst die Prüfung der rein tatsächlichen Verhältnisse bereitet häufig nicht geringe Schwierigkeiten.

Im Gewahrsame des Schuldners befinden sich alle Gegenstände, die er entweder bei sich trägt oder die in den von ihm bewohnten Räumen untergebracht sind, soweit nicht etwa, wie bei Kleidern des Gesindes, die tatsächliche Herrschaft eines anderen offensichtlich ist.

Dagegen erstreckt sich der Gewahrsam nicht auf solche Räume, die der Schuldner an einen Dritten vermietet hat, sei es auch nur vorübergehend, insbesondere also nicht auf die sog. „möblierten Zimmer".[2])

Befindet sich ein Gegenstand im gemeinschaftlichen Gewahrsame des Schuldners und eines Dritten, so darf der Mitbesitz des letzteren ohne seine Einwilligung nicht verletzt werden, vielmehr ist auch in solchem Falle, wie stets beim Widerspruche des Drittbesitzers, nur eine Pfändung seines Anspruchs nach § 847 möglich.[3])

Besondere praktische und theoretische Schwierigkeiten bietet in dieser Hinsicht die Pfändung der sog. Banksafes oder Schrankfächer. Die Verträge, die über die Benutzung derartiger Fächer abgeschlossen werden, pflegen zwar formularmäßig als Mietverträge bezeichnet zu werden, indessen ist neben der entgeltlichen Gebrauchsüberlassung das charakteristische Moment doch darin zu erblicken, daß die Bank die Obhut über das Fach unter Garantie besonderer Sicherheitsvorrichtungen übernimmt. Es ist also durchaus zutreffend, wenn hier von der herrschenden Meinung ein negotium mixtum, eine Verbindung von Miet- und Verwahrungsvertrag

[1]) Vgl. § 14.

[2]) Vgl. darüber namentlich Koch u. Schönfeld in DJZ. 04, 452 u. 635.

[3]) Gaupp-Stein § 808 II 5, Seuffert 2 a δ, RG. 14, 362, RGSt. 19, 69, 25, 109, RG. bei Lisiecki-Drewes 166.

Digitized by Google

angenommen wird.[4]) Das wichtigste Merkmal ist der gemeinsame Verschluß, denn nur bei gleichzeitiger Anwendung zweier Schlüssel, von denen der eine im Besitze der Bank, der andere in den Händen des Kunden sich befindet, ist die Öffnung des Faches möglich. Dieser tatsächliche Mitverschluß muß rechtlich zur Annahme eines Mitbesitzes gemäß § 866 BGB. führen.[5]) Die Bedenken, welche namentlich von Heinrici gegen diese Auffassung geltend gemacht sind,[6]) erscheinen nicht überzeugend. Denn das Verhältnis ist doch nicht derart, daß man sagen könnte, die Mithilfe der Bank sei rein automatisch und müsse auf Anstoß des Kunden ohne weiteres funktionieren. Heinrici ist auch selbst nicht ganz konsequent, wenn er bei Weigerung der Bank, gleichviel ob berechtigt oder nicht, Mitbesitz entstehen lassen will. Es ist nicht recht ersichtlich, warum das gleiche nicht schon auf Grund des Vertrags eintreten soll, denn der Besitzwille auf seiten der Bank, auf den es nach dem Rechte des BGB. nicht einmal ankommen würde, dürfte schwerlich zu verneinen sein, und selbst wenn er ursprünglich gefehlt haben sollte, so kann er nicht nachträglich in der Tatsache der Weigerung allein erblickt werden. Auch ließe sich, wenn die Auffassung Heinricis von der automatischen Tätigkeit richtig wäre, doch nur ein Besitzdienerverhältnis konstruieren, nicht aber ein mittelbarer Besitz auf seiten der Bank. Wie man sich aber auch zu dieser Besitzfrage stellen mag, in jedem Falle muß die Wegnahme des Schrankinhalts scheitern, sobald die Bank nicht freiwillig ihre Hilfe bei der Öffnung zur Verfügung stellt. Hier entsteht also die Schwierigkeit mit der Frage, wie der Gläubiger den Widerspruch beseitigen kann. Die Lösung wird jedoch in der gleichen Weise zu erfolgen haben, wie in sonstigen Fällen des Mitverschlusses. Der Schuldner hat auf Grund des Vertrags, und zwar auf Grund desjenigen Teiles, welcher die Verwahrungspflicht regelt, einen Anspruch auf Herausgabe. Verwirklicht wird dieser Anspruch dadurch, daß die Bank ihren Mitverschluß aufgibt, ihren Schlüssel zur Verfügung stellt. Die Herausgabe vollzieht sich in der Form, daß die alleinige Ausübung der tatsächlichen Gewalt

[4]) Vgl. namentlich Bondi, SächsArch. 13, 8 ff., Wilutzky, DJZ. 00, 294, Hancke, das. 389, Heinrici, GruchotsBeitr. 44, 824, Brückner, Recht 6, 251.

[5]) Bondi u. Hancke a. a. O., ferner Gaupp-Stein u. Seuffert zu § 808.

[6]) A. a. O. 830 ff.

Digitized by Google

dem Schuldner gestattet wird. In dieser Form kann also auch der Herausgabeanspruch gemäß § 847 gepfändet werden. Der Beschluß würde demgemäß dahin zu lauten haben, daß die Bank den Alleinbesitz nicht dem Schuldner, sondern dem vom Gläubiger zu beauftragenden Gerichtsvollzieher einzuräumen hat. Sache des letzteren ist es, zuvor dem Schuldner dessen Schlüssel nach § 808 wegzunehmen. Es ist nicht einzusehen, warum die Bank einem solchen Gerichtsbeschlusse nicht Folge leisten könnte, darf sie doch ihre Hilfe bei der Öffnung auch dann nicht verweigern, wenn der Schuldner verstorben ist und der gerichtlich bestellte Nachlaßpfleger die Öffnung verlangt oder wenn im Falle des Konkurses der Verwalter das gleiche Verlangen stellt. Weigert sie sich dennoch, so muß der Gläubiger sich den Anspruch überweisen lassen und auf Herausgabe, also auf Einräumung des Alleinbesitzes, an den Gerichtsvollzieher klagen.[7])

Steht der Schuldner unter Vormundschaft und befindet sich eine erkennbar ihm gehörige Sache im Gewahrsame des Vormundes, so gilt sie als im Gewahrsame des Schuldners selbst befindlich, da der Vormund insoweit nicht als Dritter anzusehen ist. Nur soweit in den eigenen Gewahrsam des gesetzlichen Vertreters eingegriffen worden ist, kann § 809 in Frage kommen.[8])

Vor allem ist jedoch die Zwangsvollstreckung gegen Eheleute hervorzuheben. Der Ehemann als der Haushaltungsvorstand ist in der Regel als der alleinige Inhaber des Gewahrsams über sämtliche im Haushalte befindliche Sachen anzusehen.[9]) In seinem Haushalte kann deshalb, falls er nicht entweder selbst nach §§ 739 ff. mit verurteilt ist oder sich nicht nach § 809 zur Herausgabe bereit erklärt, eine Pfändung gegen die Ehefrau nicht stattfinden, auch nicht in Sachen, die als Vorbehaltsgut der alleinigen Verfügung der Frau unterliegen und als solche erkennbar sind, wie Kleider und Schmucksachen (§ 1366 BGB.). Denn der Zustand des Ge-

[7]) Wie hier Seuffert a. a. O. Dagegen kann die Anwendung des § 857, wie Bondi u. Gaupp-Stein meinen, wohl nicht in Frage kommen.

[8]) Gaupp-Stein II 4, Petersen-Anger Note 1 d, Falkmann 187, LG. Halle, RaumbAK. 98, 51.

[9]) Vgl. die Kommentare, RG., SeuffA. 55 Nr. 125, OLG. Dresden, das. 56 Nr. 234, LG. I Berlin bei Lisiecki-Drewes 69, Falkmann 183 f. u. in Gruchots Beitr. 35, 489.

Digitized by Google

wahrsams ist allein maßgebend. Die Vermutungen der §§ 1362, 1527 BGB. kommen, weil sie lediglich das rechtliche, nicht das tatsächliche Verhältnis betreffen, nicht in Frage.[10]) Dies gilt auch dann, wenn die Wohnung von der Frau gemietet ist, sofern nur der Haushalt für beide Eheleute gemeinsam ist.[11]) Nur eine getrennt lebende Frau hat allein den Gewahrsam an den in ihrer Wohnung befindlichen Sachen.

Für die Frage des Gewahrsams ist endlich noch als besonders wichtig hervorzuheben, — und auch hierbei kommt vorwiegend die Vollstreckung gegen Ehegatten in Betracht —, daß im Sinne der §§ 808, 809 als Dritte im Gegensatz zum Schuldner auch diejenigen anzusehen sind, deren Vermögensanteil zwar der Vollstreckung unterworfen ist, die aber im Titel nicht selbst als die passiven Subjekte des Vollstreckungsrechts benannt sind, also das Vereinsmitglied (§ 735), die Ehefrau in Gütergemeinschaft (§ 740), der Ehemann der Gewerbefrau (§ 741), der Vater als Nutznießer des Kindesvermögens (§ 746) und der Erbe bei Nachlaßverwaltung durch einen Testamentsvollstrecker (§ 748 Abs. 1). Die Frage ist namentlich deshalb von praktischem Interesse, weil das preußische Justizministerium bisher an der gegenteiligen Meinung festgehalten und die Gerichtsvollzieher dementsprechend angewiesen hat.[12])

Die Auffassung, welche dieser amtlichen Stellungnahme zugrunde liegt, verkennt jedoch den Unterschied zwischen der objektiven Ausdehnung des Vollstreckungsanspruchs einerseits und der subjektiven Beschränkung des Vollstreckungsverhältnisses anderer-

[10]) Francke, ZZP. 29, 86 ff., Hedemann, Vermutung 198. — Nur im gegenteiligen Falle, wenn allein der Mann Schuldner ist, genügt zugunsten der Frau die Vermutung des § 1362 Abs. 2 BGB. (vgl. die in der vorigen Anm. Zitierten u. oben § 14).

[11]) RG. u. Falkmann wie in Anm. 9, KGRspr. 2, 220, OLG. Dresden, SächsArch. 3, 108, LG. Leipzig, das. 4, 117.

[12]) PrGeschAnw. § 48 Abs. 2 c, Abs. 3, verteidigt im JMBl. 00, 22 ff., ferner von Falkmann 184 Anm. 19 u. in DJZ. 00, 175, 356; Leske, Vgl. Darstellung 742 Anm. 2; Neukamp zu § 740; KG. Rspr. 5, 329. Die Ansicht ist auf lebhaften Widerspruch gestoßen. Wie oben sämtliche übrigen Kommentare, ferner besonders Planck, BGB. (3) § 1459 Note 5 u. DJZ. 00, 77, 246, sowie (Seuffert in GruchotsBeitr. 43, 144; Frey, SächsArch. 10, 462; Rich. Schmidt 2) 938; Weismann 2, 64; OLG. Hamburg Rspr. 5, 131 (in Übereinstimmung mit Hamburger GeschAnw. und gegen LG. Hamburg, HansGerZ. 00, 221); OLG. Bamberg Rspr. 10, 373.

Digitized by Google

seits. Sachlich sind zwar jene anteilsberechtigten Personen mit ihrem Vermögensrecht dem Vollstreckungsanspruch unterworfen, formell dagegen stehen sie mit ihrer Person nicht als passive Subjekte des Prozeßverhältnisses dem Gläubiger gegenüber. Auf der Passivseite steht vielmehr allein der im Titel genannte Schuldner, er repräsentiert im eigenen Namen nicht nur sein Vermögen, sondern zugleich das seiner Verwaltung unterliegende fremde Vermögensrecht, aber er ist auch nur in dieser Hinsicht Repräsentant, nicht dagegen Vertreter für die Person des Berechtigten. Für den Fall der Gütergemeinschaft geht diese Folgerung unmittelbar aus § 1443 BGB. hervor, die Frau wird durch die Verwaltungshandlungen des Mannes, die er bezüglich des Gesamtguts vorgenommen hat, persönlich in keiner Hinsicht verpflichtet, sie behält sowohl den Gesamtgutsgläubigern, als auch dem Manne gegenüber eine durchaus selbständige Stellung, die insbesondere im Prozesse zur Geltung kommt. Gerade deshalb machte sich die besondere Vorschrift des § 740 notwendig, um das materiell selbständige Recht der Ehefrau dem Vollstreckungsanspruch gegenüber zu beseitigen. Die Ausdehnung der Vollstreckungswirkung in diesem und in den anderen vorgenannten Fällen verfolgt also einzig und allein den Zweck, den anteilsberechtigten Personen die Anfechtungsmöglichkeit aus § 771, die ihnen sonst zustehen würde, zu verschließen, sie dürfen sich also dem Gläubiger gegenüber nicht, wie andere Drittberechtigte, auf die sachliche Beschränkung des Vollstreckungsanspruchs berufen, daß die gepfändeten Gegenstände nach materiellem Rechte nicht oder doch nicht ausschließlich zum Vermögen des im Titel namentlich bezeichneten Schuldners gehörten. Dieser Gesetzesabsicht, die ausdrücklich in der Begründung zur Novelle hervorgehoben ist,[13]) kann nicht die Vorschrift des § 774 entgegengehalten werden.[14]) Denn diese letztere Bestimmung, nach welcher der Ehemann im Falle des § 741 Widerspruch erheben kann, wenn das gegen die Ehefrau ergangene Urteil in Ansehung des Eingebrachten oder des Gesamtguts ihm gegenüber unwirksam ist, mußte getroffen werden, um die Übereinstimmung mit dem materiellen Rechte zu wahren, und bildet deshalb eine notwendige Ergänzung zu § 741. Gerade aus der Tatsache, daß dem Ehemann in diesem Falle die Wider-

[13]) S. 152.

[14]) Wie es im JMBl. a. a. O. 25 geschieht.

Digitized by Google

spruchsklage aus § 771 verliehen ist, läßt sich vielmehr umgekehrt der sichere Schluß ziehen, daß das Gesetz ihm an sich die Stellung eines Dritten eingeräumt hat. Denn wäre er als Schuldner anzusehen, so müßte ihm doch für seine materiellen Einwendungen statt des § 771 der Weg des § 767 eröffnet sein. Allerdings ist demgegenüber auch die Ansicht vertreten, daß § 774 an falscher Stelle eingefügt sei und daß er in Wahrheit eine Verwandtschaft mit § 767 aufweise.[15]) Die Begründung dieser Auffassung ist jedoch unzutreffend. Denn es soll nicht das Nichtbestehen eines vom Beklagten in Anspruch genommenen Vollstreckungsanspruchs zur Feststellung gebracht, also nicht der Anspruch als solcher verneint werden, sondern es handelt sich nur darum, die unzulässige Ausdehnung der Vollstreckung auf ein Vermögen zurückzuweisen, das der Vollstreckung aus diesem Titel nicht unterliegt.[16])

Ebensowenig können die Gegner sich auf § 746 mit der Begründung berufen, daß danach der Widerspruch der Eltern ausgeschlossen sei, obwohl sie an dem ihrem Nießbrauch unterliegenden Kindesvermögen stets den Gewahrsam hätten.[17]) Denn Gewahrsam einerseits und Nutznießung andererseits kann sehr wohl auch auseinanderfallen, wie aus §§ 1656, 1678 BGB. ersichtlich ist. Der Ausschluß des Widerspruchsrechts eines Dritten aus § 771 kann also auch im Falle des § 746 praktisch werden, sobald der Vater, der als Nutznießer den Gewahrsam an Sachen des minderjährigen Schuldners ausübt, nicht zugleich dessen Vertreter ist. Die Stellungnahme des Gesetzes offenbart sich aber auch noch weiter aus der Bestimmung des § 728 Abs. 2 Satz 2. Danach kann von einem Urteil, das gegen den Testamentsvollstrecker ergangen und nach § 327 dem Erben gegenüber wirksam ist, eine vollstreckbare Ausfertigung auch gegen den Erben erteilt werden, selbst wenn die Verwaltung des Testamentsvollstreckers noch besteht, obwohl doch gerade für diesen Fall schon nach § 748 Abs. 1 eine Vollstreckung in den Nachlaß ohne Rücksicht auf das Recht des Erben allein aus der Verurteilung des Testamentsvollstreckers statthaft ist.[18])

[15]) Langheineken, Urteilsanspruch 185: ebenso Rich. Schmidt, Lehrb. (2) 1016 Anm. 1.

[16]) Auf den Titel allein kommt es an, nicht darauf, ob das Vermögen der Frau, „an sich" vollstreckungsunterworfen sein würde, wie Schmidt meint.

[17]) So Falkmann, DZ. 5, 177. — Dagegen besonders Planck das. 246.

[18]) Darauf verweisen auch Gaupp-Stein, Vorbem. 2 vor § 735 (408).

Digitized by Google

Wäre also der Erbe trotz des Bestehens der Verwaltung bereits nach § 748 formell als Vollstreckungsschuldner anzusehen, so bedürfte es nicht außerdem noch der Umschreibung der Klausel nach § 728, um ihm eben diese Stellung zu verschaffen. Endlich ist nur mit der hier vertretenen Anschauung vereinbar die gesetzliche Regelung im § 2 KO., aus der unzweideutig hervorgeht, daß beim Konkurse über das Gesamtgut nur der Ehemann allein Gemeinschuldner ist, nicht zugleich neben ihm die Ehefrau. Auch hieraus ergibt sich also, daß die für die Einzelvollstreckung getroffene Vorschrift des § 740 keine andere Bedeutung haben kann und daß die in Gütergemeinschaft lebende Ehefrau in jedem Falle als Dritte angesehen werden muß.

Daß die praktischen Konsequenzen unerträglich wären, ist ebenfalls nicht zutreffend. Denn die Schwierigkeit, daß infolge einer Schiebung der Gläubiger gezwungen wird, erst gegen einen Drittbesitzer vorzugehen, bevor die dem Schuldner gehörenden Sachen seinem Zugriff unterliegen, kann auch bei anderen Fällen der Vollstreckung in gleicher Weise hervortreten. Die Stellung des Gläubigers ist aber hier insofern günstiger, als er nicht auf den sonst allein gangbaren Weg der Pfändung des Herausgabeanspruchs angewiesen ist, sondern außerdem die Möglichkeit hat, gleichzeitig oder nachträglich den anteilsberechtigten Dritten mit zu verklagen. Daß die Beschaffung mehrerer Vollstreckungstitel neben- oder nacheinander in diesen Fällen nicht allgemein für unzulässig erklärt werden sollte, geht schon aus der Fassung des Gesetzestextes, insbesondere aus dem Worte „genügt" hervor. Für den besonderen Fall der ehelichen Gütergemeinschaft (§ 740) kann das Gegenteil auch nicht aus § 1443 BGB. entnommen werden, da diese Vorschrift dem Ehemanne nur für die das Gesamtgut betreffenden Aktivprozesse die alleinige Legitimation zugesteht, auf der Passivseite aber keineswegs die Mitverklagung der Ehefrau ausschließt, wenigstens insoweit sicherlich nicht, als es sich um die Duldung der Zwangsvollstreckung in das Gesamtgut handelt. Diese Möglichkeit muß schon mit Rücksicht auf eine etwaige Beendigung der Gütergemeinschaft während des Prozesses zugelassen werden, (§ 743).[19]) Dagegen kann sich der Gläubiger

[19]) Ebenso namentlich Planck, BGB. § 1443 Note 3 Abs. 3; ferner

Digitized by Google

nicht außerdem eine vollstreckbare Ausfertigung gegen die Frau erteilen lassen.[20]) Der Schluß a potiori aus § 744 erscheint nicht wohl angängig, viel eher könnte aus der gleichlautenden Fassung der §§ 744 und 749 gefolgert werden, daß es sich hier lediglich um Sondervorschriften handelt und daß in allen anderen Fällen eine entsprechende Anwendung der §§ 727, 730 bis 732 nicht zugelassen werden sollte.

Ist demnach auf seiten der hier vertretenen Auffassung eine praktische Unzuträglichkeit nicht anzuerkennen, so mag zum Schluß noch darauf hingewiesen werden, daß die Gegenmeinung zu der gerade praktisch sehr unliebsamen Konsequenz führen müßte, den Anteilsberechtigten, da sie ja Schuldner sein sollen, auch die Verpflichtung zur Leistung des Offenbarungseides aufzuerlegen. Der von Falkmann zur Vermeidung dieser Folgerung angeführte Grund,[21]) daß nur derjenige, der persönlich im Titel genannt oder gesetzlicher Vertreter für die Person des Schuldners sei, zum Offenbarungseid herangezogen werden könne, läuft in Wahrheit auf eine Verneinung des von Falkmann selbst verteidigten Grundsatzes hinaus. Denn er besagt doch auch nichts anderes, als daß als Schuldner nicht ein vermögensrechtlich Mitbeteiligter, sondern allein der namentlich und persönlich im Titel als passives Subjekt Aufgeführte in Betracht kommen soll.

Die vorstehenden Erörterungen bestätigen also lediglich das schon eingangs hervorgehobene Prinzip, daß zwar sachlich eine Erweiterung des Vollstreckungsanspruchs, nicht aber persönlich eine Erweiterung der subjektiven Parteistellung vorliegt, so daß jene Anteilsberechtigten für das nach den §§ 808, 809 zu beobachtende Verfahren dieselbe Stellung haben, wie jeder andere unbeteiligte Dritte.

Eine Pfändung, die unter Verletzung fremden Gewahrsams, insbesondere trotz des Widerspruchs eines nicht zur Herausgabe bereiten Dritten erfolgt ist, vermag infolge dieses formellen Ver-

---

Gaupp-Stein u. Seuffert zu § 740, insofern übereinstimmend auch Falkmann, DJZ. 00, 178. A. M. JMBl. a. a. O. 27 f.

[20]) Diese Ansicht wird von Gaupp-Stein u. Seuffert, sowie von Rich. Schmidt (2) 908 Anm. 2 im Anschlusse an Hellwig, Anspruch u. Klagerecht 338, vertreten.

[21]) DJZ. 00, 178 u. Zw. V. 185.

Digitized by Google

stoßes ein gültiges Pfandrecht nicht zu erzeugen.[22]) Der Schuldner sowohl, als Dritte können daher die Unwirksamkeit geltend machen. Während des Verfahrens dient diesem Zwecke die Einwendung nach § 766, aber auch nur sie. Für den Schuldner ist dieses Ergebnis unbestritten, für konkurrierende Gläubiger dürfte es ebenfalls ohne weiteres anzuerkennen sein, dagegen sind die Meinungen geteilt, soweit es sich um denjenigen Dritten handelt, in dessen Gewahrsam widerrechtlich eingegriffen ist. Meist wird diesem letzteren neben § 766 allgemein auch der Weg der Widerspruchsklage nach § 771 freigegeben,[23]) jedoch mit Unrecht. Zuzugeben ist nur, daß beide Rechtsbehelfe in gewissen Fällen konkurrieren können, und zwar dann, wenn der Dritte auf Grund eines ihm zustehenden dinglichen Rechtes besitzt, wie aus § 805 gefolgert werden muß. Dann ist die Pfändung zugleich eben auch in ihrem sachlichen Umfange unzulässig. In allen anderen Fällen jedoch, wenn gegen den Drittbesitzer die Pfändung des Herausgabeanspruchs möglich ist und sachlich das Pfandobjekt als zum Schuldnervermögen gehörig der Vollstreckung unterliegen würde, kann der Dritte nur nach § 766 den formellen Verstoß rügen, daß statt der allein zulässigen Anspruchspfändung un-

[22]) So übereinstimmend die Kommentare und Lehrbücher, auch RG. 14, 363, JW. 93, 554, GruchotBeitr. 44, 186, SächsOLG. 14, 39. Vgl. ferner RGSt. 25, 108, OLG. Braunschweig, DJZ. 04 872.

[23]) Vgl. Gaupp-Stein und Petersen-Anger zu §§ 771 und 809, v. Wilm-Levy zu § 713 (a. F.), ferner Weismann 2, 105, 127; Falkmann 379; RG. 34, 422. Nach Reincke (zu § 809) soll die Klage aus § 771 „nur unter Umständen" (unter welchen?) offen stehen. — Die Stellungnahme Seufferts ist nicht recht verständlich, denn während er zu § 809 bemerkt, daß der Dritte nur dann, wenn ihm eins der im § 771 bezeichneten Rechte zusteht, neben § 766 Widerspruchsklage erheben könne, also mit diesem Satze offenbar eine Einschränkung beabsichtigt, bezeichnet er andererseits den Besitz schlechthin als ein die Veräußerung hinderndes Recht (§ 771, 2c) und definiert den Gewahrsam als unmittelbaren Besitz im Sinne des BGB. (§ 808, 2), sodaß danach doch wohl bei Verletzung des Gewahrsams § 771 uneingeschränkt anwendbar sein müßte. — Nach Rich. Schmidt (2) 1035 ist bei Eingriff in den Besitz eines Dritten die Klage aus § 771 „an und für sich nicht Bedürfnis", aber der Dritte soll doch durch die Widerspruchsklage den Gläubiger nötigen können, sofort das Eigentum des Schuldners zu beweisen. Wie aber, wenn der Dritte gar nicht bestreitet, daß die Sache dem Schuldner gehört? Ob dann § 771 ausgeschlossen sein soll, geht aus den Ausführungen Schmidts nicht mit Sicherheit hervor.

Digitized by Google

mittelbar in seinen Besitz eingegriffen sei.[24]) Außerdem stehen aber dem Dritten in jedem Falle die Besitzschutzmittel des BGB. zur Verfügung, weil verbotene Eigenmacht nach § 858 BGB. vorliegen würde. Insbesondere kann also die Wiedereinräumung des Besitzes nach § 861 BGB. verlangt werden.

Nach durchgeführter Versteigerung verbleibt dem Drittbesitzer dagegen höchstens ein Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung, vorausgesetzt, daß außer der objektiven Rechtswidrigkeit nach § 858 BGB. ein subjektives Verschulden auf seiten des Gerichtsvollziehers oder des Gläubigers nachweisbar ist.

II. Besitzergreifung.

Die Pfändung derjenigen Sachen, die nach dem vorstehenden formell dem Vollstreckungszugriff unterliegen, vollzieht sich, analog den Vorschriften des materiellen Rechtes über die Verpfändung (§ 1205 BGB.), in Gestalt der Besitzergreifung durch den Gerichtsvollzieher (§ 808 Abs. 1). Die Regel bildet die körperliche Wegnahme und Fortschaffung. Bei Geld, Kostbarkeiten und Wertpapieren ist sie ausnahmslos vorgeschrieben, bei allen anderen Sachen kann sie, wenn nach dem Ermessen des Gerichtsvollziehers eine Gefährdung des Gläubigers nicht zu besorgen ist, dadurch ersetzt werden, daß die Pfandstücke dem Schuldner zwar belassen werden, die Pfändung aber durch Anlegung von Siegeln oder auf sonstige Weise ersichtlich gemacht wird (§ 808 Abs. 2). Bei der Anschlußpfändung genügt als weiterer Ersatz für die Besitzentziehung die Aufnahme des Anschlusses in das Protokoll (§ 826).

Die tatsächliche oder symbolische Besitzergreifung, also die amtliche Pfandverstrickung (§ 137 StGB.), ist für die Pfändung derart wesentliches Erfordernis, daß ihr Mangel die Nichtigkeit des Pfandrechts nach sich ziehen muß. Diese Folge ist vom Gesetze selbst in unzweideutiger Weise zum Ausdruck gebracht durch die Worte im § 808 Abs. 2: „Die Wirksamkeit der Pfändung ist dadurch bedingt, daß sie ersichtlich gemacht ist."[25]) Es genügt also weder eine Er-

[24]) Wie hier KGRspr. 8, 111, OLG. Colmar daselbst 10, 376. In dieser Frage übereinstimmend auch Riehl 57.

[25]) Auch die herrschende Meinung nimmt bei Verletzung dieser Formvorschrift Nichtigkeit des Pfandrechts an, namentlich die Praxis in zahlreichen Entscheidungen, dagegen nur Riehl 56 f.

Digitized by Google

klärung des Gerichtsvollziehers, daß er die Sachen pfände,[26]) noch eine beliebige Art der Anbringung von Pfandzeichen, sondern die Beschlagnahme muß in einer jedem Dritten erkennbaren Weise[27]) erfolgt sein, wenn sie ein gültiges Pfandrecht erzeugen soll. Selbst die ausdrückliche Einwilligung des Schuldners kann einen Mangel in dieser Hinsicht nicht heilen, denn die Form der Pfändung ist nicht in seinem Interesse vorgeschrieben, sondern in dem des Staates, es soll nicht nur für das innere Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner, sondern vor allem nach außen hin zweifelsfrei klargestellt werden, daß die gepfändeten Sachen aus dem Vermögen des Schuldners abgesondert und der staatlichen Zwangsgewalt unterstellt sind.[28])

III. Zuziehung von Zeugen.

Eine weitere, ebenfalls zwingende Vorschrift für die Wirksamkeit der Pfändung enthält § 759. Danach hat der Gerichtsvollzieher, wenn ihm Widerstand geleistet wird oder wenn in der Wohnung des Schuldners weder dieser selbst noch ein Familienangehöriger, noch ein erwachsener Dienstbote anwesend ist, zwei großjährige Männer oder einen Gemeinde- oder Polizeibeamten als Zeugen zuzuziehen.

Obwohl man anerkennt, daß die Vorschrift „nicht nur instruktionell" ist, wird dennoch überwiegend die Ansicht vertreten, eine Zuwiderhandlung sei nur insofern von Bedeutung, als für den Schuldner Straflosigkeit aus § 113 StGB. eintreten müsse, die Gültigkeit der Pfändung selbst werde davon aber nicht berührt.[29]) Man will sogar nicht einmal eine Anfechtbarkeit von seiten des Schuldners aus § 766 zulassen.[30]) Von keiner Seite aber wird ein Grund dafür angeführt, weshalb für das Zivilrecht eine andere

[26]) Vgl. OLG. Dresden, SächsOLG. 23, 302, BayObLG. in SeuffBl. 63, 160.

[27]) Welche Maßnahmen im einzelnen für erforderlich erachtet worden sind, um die Erkennbarkeit im konkreten Falle zu gewährleisten, darüber vgl. das in den Kommentaren aufgeführte kasuistische Material.

[28]) Über Unzulässigkeit des Schuldnerverzichts vgl. RG. in SeuffA. 50 Nr. 229 und 51 Nr. 160, auch OLG. Dresden in Anm. 26.

[29]) So die Kommentare (außer Petersen-Anger), Falkmann 302, Heilbut 406, Guttmann 417, RGStr. 7, 371; 24, 390, OLG. Dresden, SächsOLG. 23, 392.

[30]) So ausdrücklich Seuffert und Falkmann a. a. O.

Digitized by Google

Beurteilung Platz greifen soll, wie für das Strafrecht. Eine innere Verschiedenheit ist in Wahrheit auch nicht vorhanden. Wenn man anerkennt, daß der Gerichtsvollzieher bei einem Verstoß gegen § 759 nicht rechtmäßig handelt, so kann man auch eine rechtmäßige Folge überhaupt nicht eintreten lassen.

Es kommt aber noch ein anderes, nicht unwichtiges Moment in Betracht. Wenn § 759 die Zeugenzuziehung für erforderlich erklärt, sobald der Schuldner nicht gegenwärtig ist, so erstreckt sich diese Vorschrift namentlich auch auf die Fälle, in denen nur der prozeßunfähige Schuldner angetroffen wird, nicht aber sein gesetzlicher Vertreter.[31]) Gerade in solchen Fällen besteht in Anbetracht der Unerfahrenheit und Sorglosigkeit minderjähriger Schuldner ein dringendes Bedürfnis, das Vorgehen des Gerichtsvollziehers sowohl im allgemeinen als im besonderen beim Pfändungsakte selbst einer möglichst strengen Kontrolle zu unterwerfen, um die Gesetzmäßigkeit der Pfändung außer Zweifel zu stellen. Erklärt man aber die Vollstreckung auch ohne Zeugen für gültig und unanfechtbar, so würde man, statt diesem Bedürfnis Rechnung zu tragen, den entgegengesetzten Erfolg begünstigen. Man würde nicht nur dem Gerichtsvollzieher die Möglichkeit eröffnen, sich über die Kontrolle hinwegzusetzen, sondern man müßte auch zugleich, im Widerspruch mit allen Grundsätzen über die Prozeßfähigkeit, die Einwilligung des prozeßunfähigen Schuldners als maßgebend für die Heilung eines formellen Verstoßes zulassen. Gegenüber dieser unannehmbaren Konsequenz läßt sich ein befriedigendes Ergebnis nur erzielen, wenn bei Verletzung des § 759 Nichtigkeit der Pfändung angenommen wird.[32])

IV. Zeit der Pfändung.

Die Vornahme von Vollstreckungshandlungen ist durch § 761 Abs. 1 zeitlich dahin beschränkt, daß zur Nachtzeit und an Sonn- und Feiertagen eine Pfändung durch den Gerichtsvollzieher der Regel nach verboten und nur ausnahmsweise mit Erlaubnis des örtlich zuständigen Amtsrichters statthaft ist. Diese Erlaubnis ist, wie sich aus Abs. 2 ergibt, vorher einzuholen, eine nachträgliche richterliche Genehmigung ist ausgeschlossen.

[31]) Vgl. oben § 17 am Schluß.

[32]) So auch Petersen-Anger Bem. 1, Bunsen 119.

Digitized by Google

Diese Vorschrift ist ebenfalls nicht etwa als instruktionell, sondern als ein absolutes Verbot aufzufassen. Dafür spricht zwar nicht schon die Fassung „darf nur",[33]) wohl aber die Beziehung zu § 750. Denn die für den Beginn der Vollstreckung erforderliche Zustellung des Titels unterliegt demselben Verbot nach der mit § 761 gleichlautenden Vorschrift im § 188 Abs. 1, dessen zwingende Natur allgemein anerkannt ist. Konsequenterweise müßte also angenommen werden, daß eine zur Unzeit vorgenommene Pfändung nichtig sei. Dennoch läßt sich hier eine solche Annahme dem Gesetz gegenüber nicht rechtfertigen. Denn da nach § 188 Abs. 4 die Ungültigkeit einer entgegen Abs. 1 bewirkten Zustellung dadurch behoben wird, daß die Annahme nicht verweigert ist, so kann eine analoge Ausdehnung dieser Bestimmung auf den Fall der Pfändung nicht von der Hand gewiesen werden. Zwar könnte es auffallend erscheinen, daß § 761 nicht selbst eine derartige Vorschrift enthält, obwohl doch sein Abs. 2 dem Abs. 3 des § 188 entspricht. Aber aus dieser Tatsache allein läßt sich nicht einmal mit Sicherheit die Folgerung ziehen, daß der Gesetzgeber im Falle des § 761 einen Verzicht des Schuldners habe ausschließen wollen, noch weniger könnte eine etwa dennoch vorhanden gewesene legislatorische Absicht gegenüber dem Gesetzestexte selbst maßgebende Bedeutung beanspruchen. Entscheidend fällt vielmehr ins Gewicht, daß § 188 Abs. 4 zweifellos auf diejenigen Fälle Anwendung findet, in denen ein Pfändungsbeschluß zuzustellen ist, daß also eine Forderungspfändung zur Nachtzeit oder an Feiertagen wirksam erfolgen kann, wenn nicht sofort Widerspruch erhoben wird, und daß für die Sachpfändung nicht ohne zwingenden Grund das Gegenteil unterstellt werden darf. Vom praktischen Standpunkte aus kommt noch in Betracht, daß es zu unhaltbaren Ergebnissen führen müßte, wenn man jedem Dritten die Einwendung gestatten wollte, der Gerichtsvollzieher habe sich noch 5 Minuten nach 9 Uhr abends im Geschäftslokal des Schuldners aufgehalten, also sei die dort vorgenommene Pfändung ohne jede Rechtswirkung.

Es liegt also hier in der Tat eine Durchbrechung des allgemeinen Grundsatzes vor, es tritt bei Verletzung des § 761 nicht ohne weiteres Nichtigkeit ein, sondern die Wirksamkeit der Pfändung

[33]) Daß auf die Ausdrucksweise allein kein ausschlaggebendes Gewicht gelegt werden kann, darüber vgl. schon oben S. 63 und unten zu V.

Digitized by Google

hängt von der Einwilligung des Schuldners ab. Verweigert er sie, so ist das weitere Verfahren des Gerichtsvollziehers unrechtmäßig, ein Widerstand also straflos und auch für Dritte die Möglichkeit gegeben, die Unwirksamkeit geltend zu machen. Anderenfalls entsteht dagegen sofort ein wirksames und unanfechtbares Pfandrecht.[34])

V. Instruktionelle Vorschriften für den Gerichtsvollzieher.

Sind die sämtlichen vorerwähnten Voraussetzungen erfüllt, ist also eine Sache im Gewahrsam des Schuldners oder eines herausgabebereiten Dritten zu gehöriger Zeit, nötigenfalls unter Zuziehung von Zeugen, der amtlichen Verstrickung durch Besitznahme oder Ersichtlichmachung unterworfen, so ist damit die Pfändung in formgerechter Weise rechtswirksam vollzogen. Über den Hergang hat der Gerichtsvollzieher nach § 762 Abs. 1 ein Protokoll aufzunehmen, das gewissen im Abs. 2 und im § 763 angegebenen Erfordernissen entsprechen muß. Die Protokollierung ist aber nicht Bestandteil des Pfändungsaktes selbst, sondern erfolgt erst, nachdem dieser vollständig abgeschlossen ist, und dient nur dem Zwecke, ein zuverlässiges Beweismittel über die bei der Vollstreckung beobachteten Förmlichkeiten zu liefern. Insbesondere ist die Angabe von Ort und Zeit für die Frage der Zuständigkeit und der Reihenfolge mehrerer Pfändungen wichtig. In dieser Hinsicht handelt es sich also, trotz der Fassung „hat aufzunehmen", lediglich um eine Instruktion für den Gerichtsvollzieher, deren gänzliche oder teilweise Nichtbeachtung für die Wirksamkeit der Pfändung selbst völlig außer Betracht bleibt. Nur die formelle Beweiskraft des Protokolls als einer öffentlichen Urkunde im Sinne des § 415 ist durch die Einhaltung der Mußvorschriften im § 762 Abs. 2 bedingt. Eine Abweichung gilt allein im Falle der Anschlußpfändung, denn bei dieser kommt die Protokollierung als Ersatz der Besitznahme in Frage. Aber auch in dieser Beziehung ist die protokollarische Erklärung nur insoweit zur Gültigkeit des Pfandrechts wesentlich, als sie der Vorschrift des § 826 Abs. 1 entsprechen muß, der sonstige

---

[34]) Wie hier die Kommentare, ferner OLG. Cöln, Ztschr. f. GV. 92, 159; Falkmann 299; Richter 98; Weismann 2, 83 und Heilbut 420. — A. M. Schönfeld, Ztschr. f. GV. 89, 101; Bunsen 119.

Digitized by Google

Inhalt des Protokolls ist, wie bei der Erstpfändung, ebenfalls ohne Bedeutung.[35])

Ferner hat der Gerichtsvollzieher dem Schuldner von der geschehenen Pfändung Mitteilung zu machen, § 808 Abs. 3, ebenso § 826 Abs. 3. Auch diese Vorschrift setzt voraus, daß die Pfändung als solche bereits formgerecht abgeschlossen ist. Die Benachrichtigung ist also ebensowenig wie die Protokollierung als Erfordernis der Wirksamkeit anzusehen, sondern bildet, wie jene, eine rein instruktionelle Anweisung. Das gleiche gilt für die bei der Anschlußpfändung nach § 826 Abs. 2 vorgeschriebene Zustellung einer Protokollabschrift an den Gerichtsvollzieher der Erstpfändung.[36])

Nicht minder instruktionell ist die Bestimmung im § 761 Abs. 2, wonach die Vorzeigung der Erlaubnisverfügung zu erfolgen hat, falls außerhalb der allgemein zulässigen Zeit gepfändet werden soll. Denn wesentlich ist hier nur die Tatsache, daß die Erlaubnis vorher verfügt war.[36])

Endlich ist in diesem Zusammenhang zu erwähnen die Zuziehung von Sachverständigen, die nach § 813 bei der Pfändung von ungetrennten Früchten und bei der Pfändung der im § 811 Nr. 4 genannten Gegenstände im Interesse der Landwirtschaft vorgeschrieben ist. Daß nicht eine Wirksamkeitsbedingung, sondern nur eine Dienstanweisung vorliegt, läßt sich schon aus der Fassung des Gesetzes („soll") entnehmen. Die Sachverständigen haben den Gerichtsvollzieher lediglich bei der Entscheidung der sachlichen Fragen nach der Art und dem Werte der Pfandobjekte zu unterstützen, ohne daß ihre Auffassung bindend wäre, die Erledigung der formellen Bedingungen des Pfändungsaktes (oben I bis IV) ist dagegen ausschließlich Sache des Gerichtsvollziehers. Es unterliegt deshalb keinem Bedenken, wenn bei der Pfändung stehender Früchte der Sachverständige sich sofort nach Abgabe seines Gutachtens entfernt und bei der Ersichtlichmachung der Pfändung nicht anwesend ist. Die Gültigkeit des Pfandrechts wird dadurch ebensowenig berührt, als wenn infolge eines Irrtums über den zu erwartenden Wert der Gerichtsvollzieher die Zuziehung des Sach-

[35]) Übereinstimmend die Kommentare (außer Neukamp); Falkmann 303; Richter 100; Weismann 2, 83; Heilbut 397; RG. in JW. 89 54[12]; RGStr. 10 648.

[36]) In allen diesen Beziehungen herrscht volle Übereinstimmung.

Digitized by Google

verständigen überhaupt unterlassen hat. Insofern unterscheidet sich also § 813 wesentlich von § 759.[36])

Die Verletzung der vorerwähnten Instruktionen kann nur ein disziplinarisches Vorgehen, eventuell, wenn die Unterlassung der Mitteilung nach § 808 Abs. 3 den Schuldner etwa eines ihm an sich zustehenden Anfechtungsrechts beraubt haben sollte, auch eine Schadenersatzklage gegen den Gerichtsvollzieher zur Folge haben. Dagegen kann der Schuldner wegen eines instruktionellen Verstoßes nicht im Wege der Erinnerung nach § 766 die Aufhebung der Pfändung verlangen.[37])

§ 26.

b) Pfändung durch das Vollstreckungsgericht.

I. Zustellung des Pfändungsbeschlusses.

Analog der Besitzentziehung bei der Vollstreckung in körperliche Sachen erfolgt die Pfändung von Geldforderungen durch den Erlaß des Zahlungsverbots an den Drittschuldner, das sog. arrestatorium, § 829 Abs. 1, und zwar tritt dieses Verbot dadurch in Wirksamkeit, daß der Gläubiger es dem Drittschuldner zustellen läßt, Abs. 2 und 3. Das Pfändungspfandrecht entsteht also in formgültiger Weise nur dann, wenn diese Zustellung den gesetzlichen Erfordernissen entspricht. Die Tatsache, daß der Drittschuldner auf einem anderen Wege von dem Verbot Kenntnis erlangt hat, genügt hier ebensowenig, wie im Falle des § 750 die formlos erfolgte Mitteilung des Titels an den Schuldner. Eine Heilung des Mangels gemäß § 295 ist gleichfalls ausgeschlossen, weil einerseits § 295 nur im Verhältnis zwischen den Parteien gilt und der Drittschuldner nicht als Partei angesehen werden kann — denn seine rein vermögensrechtliche Beteiligung am Ausgang der Vollstreckung gibt ihm noch weniger die Parteistellung, wie den anteilsberechtigten Personen in den §§ 735 ff. — und weil andererseits ein Verzicht des Schuldners für den Drittschuldner nicht bindend sein könnte. Selbst wenn aber auch beide gemeinschaftlich auf einen Widerspruch verzichten wollten, so würde doch — anders als beim

[37]) Auch im Falle des § 813 nur dann, wenn er gleichzeitig einen Verstoß gegen § 811 Nr. 4 oder § 865 Abs. 1 geltend machen will (Seuffert § 813, 3). Diesen Gedanken will offenbar auch Weismann 2, 134 nur zum Ausdruck bringen, wenn er voraussetzt, daß das „Interesse" des Schuldners verletzt sein müsse.

Digitized by Google

Nichtgebrauch des Anfechtungsrechts gegenüber der Vollstreckung in eine unpfändbare Forderung[1]) — für das formelle Erfordernis der Zustellung der schon wiederholt betonte Grundsatz Platz greifen, daß die allgemeinen Verfahrensvorschriften für alle Gläubiger gleiche Geltung beanspruchen müssen, nicht aber von Fall zu Fall der privaten Willkür der unmittelbar Beteiligten überlassen bleiben dürfen und daß durch das unrechtmäßige Vorgehen eines Gläubigers ein anderer Gläubiger, der formgerecht verfahren ist, nicht beeinträchtigt werden darf.[2])

Da der Drittschuldner nicht Partei ist, so ist eine öffentliche Zustellung des Pfändungsbeschlusses unmöglich, denn die Bestimmungen der §§ 203—206 können ihrem Wortlaut und ihrem Sinne nach nur auf die eigentlichen Prozeßparteien bezogen werden. Ein Pfändungsgesuch, aus dem ersichtlich ist, daß der Aufenthalt des Drittschuldners unbekannt ist, und das infolgedessen mangels Zustellung ein Pfandrecht überhaupt nicht erzeugen könnte, ist deshalb als unzulässig abzulehnen.[3]) Dagegen hindert die Tatsache, daß der Drittschuldner sich im Auslande aufhält, den Erlaß des Pfändungsbeschlusses durch das inländische Gericht nicht. Denn die Vollstreckungsunterworfenheit der Forderung wird durch den allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners, eventuell durch den Gerichtsstand des Vermögens nach § 23 begründet (§ 828). Sobald also für den Schuldner ein solcher Gerichtsstand im Inlande besteht, hat das Gericht dem Pfändungsantrage stattzugeben. Das Pfandrecht entsteht damit allerdings noch nicht, aber das Vollstreckungsgericht darf die ihm obliegende Mitwirkung nicht deshalb versagen, weil die vom Gläubiger vorzunehmende Tätigkeit voraussichtlich erfolgslos bleiben würde. Denn mag selbst im Auslande nach dem dort geltenden Rechte die Zustellung nicht wirksam erfolgen können, so bleibt doch immer die Möglichkeit, daß der Drittschuldner infolge seiner geschäftlichen Beziehungen zum

---

[1]) Oben § 13.

[2]) In dieser Beziehung ausdrücklich übereinstimmend Seuffert § 829, 4a.

[3]) So auch Gaupp-Stein, Seuffert, Petersen-Anger, Struckm.-Koch, Planck 2, 736, Rich. Schmidt (2) 952, Weigelin 15, Hellmann, Lehrb. 869, RG. 22, 408, LG. I Berlin bei Lisiecki-Drewes 99. A. M. Richter 225, Weismann 2, 142, Förster, ArchZivPrax. 75, 163, Reincke, Wilm.-Levy und neuerdings besonders lebhaft Neumiller im Recht 1906, 895.

Digitized by Google

Schuldner von Zeit zu Zeit nach Deutschland kommt und daß ihm bei solcher Gelegenheit der Pfändungsbeschluß hier zugestellt werden kann. Die künftige Entstehung eines gültigen Pfandrechts ist also in diesem Falle keineswegs, wie im vorhergehenden der öffentlichen Zustellung, schon bei der Stellung des Pfändungsantrages als unmöglich zu bezeichnen und deshalb darf auch ein solcher Antrag nicht als unzulässig behandelt werden.[4])

Der Erlaß des Verfügungsverbots an den Schuldner, das inhibitorium, und die Zustellung des Beschlusses an den Schuldner ist zwar nach § 829 Abs. 1 und 2 gleichfalls vorgeschrieben, aber ein Mangel in diesen Beziehungen hindert die Entstehung des Pfandrechtes nicht. Die Vorschrift der Zustellung namentlich entspricht nur dem § 808 Abs. 3, auch von der Forderungspfändung erhält der Schuldner erst dann Kenntnis, wenn die Pfändung durch Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner bereits bewirkt ist (§§ 829 Abs. 2 Satz 2, 834).

II. Besonderheiten bei Pfändung von Hypothekenforderungen.

Der allgemeine Grundsatz des § 829 wird für den Fall der Pfändung von hypothekarisch gesicherten Forderungen durch die Sondervorschrift des § 830 durchbrochen. Zwar bedarf es auch für diesen Fall des Erlasses eines gerichtlichen Pfändungsbeschlusses, aber es tritt als weiteres Formerfordernis hinzu bei Briefhypotheken die Übergabe des Briefes, bei Buchhypotheken die Eintragung ins Grundbuch. Es soll auf diese Weise die Übereinstimmung mit dem materiellen Hypothekenrechte (BGB. § 1154) erzielt werden. Die Zustellung des Beschlusses an den Drittschuldner ist für diesen Fall vom Gesetze nicht vorgeschrieben. Sie soll zwar der Regel nach ebenfalls erfolgen, wie Abs. 2 erkennen läßt, aber sie ist zur Begründung des Pfandrechts nicht notwendig und noch weniger ausreichend. Vielmehr tritt an ihre Stelle als derjenige Akt, der die Pfändung formell zum Abschlusse bringt, die Über-

[4]) Auch dies ist durchaus herrschende Meinung. Vgl. außer den Kommentaren Planck 2, 735, Weismann 2, 143, Kohler, Prozeß als Rechtsverhältnis 120 Anm. **; Weigelin 28; Petscheck 18; RG. 22, 405; RG in JW. 85, 261; RG. in SeuffA. 41 Nr. 158; OLG. Breslau daselbst 50 Nr. 65. — A. M. Roller, ZZP. 10, 474 ff. Foerster-Eccius, Preuß. Privatrecht 3 § 197 Anm. 23.

Digitized by Google

gabe des Hypothekenbriefs bzw. die Eintragung. Es würde deshalb der Drittschuldner, wenn ihm auch der Beschluß bereits zugestellt ist, nicht gehindert sein, vor dem allein maßgebenden Zeitpunkte der Briefübergabe noch wirksame Rechtshandlungen mit Bezug auf die Hypothek vorzunehmen. Dieser Möglichkeit tritt jedoch § 830 Abs. 2 entgegen durch die Bestimmung, daß dem Drittschuldner gegenüber die Pfändung schon mit der Beschlußzustellung als bewirkt gilt. Aber selbst diese Wirkung der Zustellung hat keine selbständige Bedeutung, sondern ist dadurch bedingt, daß das Pfandrecht nachträglich auch wirklich zur Entstehung gelangt. Sie hat also nur den Charakter einer vorläufigen Sicherungsmaßregel und kommt von selbst in Wegfall, wenn die Übergabe des Briefes sich als unmöglich herausstellt, etwa weil inzwischen ein gutgläubiger Dritter die Hypothek erworben hat.

Erfolgt die Briefübergabe nicht freiwillig, so kann sie dadurch ersetzt werden, daß der Gerichtsvollzieher im Wege der Zwangsvollstreckung dem Schuldner den Brief wegnimmt, um ihn dem Gläubiger auszuliefern. Das Pfandrecht entsteht dann mit der Wegnahme, nicht erst mit der Ablieferung. Den Vollstreckungstitel für dieses zwangsweise Vorgehen bildet der Pfändungsbeschluß, wie er nach der ausdrücklichen Gesetzesvorschrift im § 830 Abs. 1 Schlußsatz auch die Grundlage für die Eintragung bei der Buchhypothek darstellt. Aus diesem Grunde muß er jedoch vor der Wegnahme dem Schuldner nach § 750 zugestellt sein.[5]) Dagegen kann die Wegnahme nicht schon auf Grund des ursprünglichen Titels für zulässig erachtet werden, denn der Hypothekenbrief ist keine selbständige bewegliche Sache, eine Vollstreckung in den Brief als solchen gemäß § 808 ist also unmöglich, vielmehr kann seine Herausgabe erst dann erzwungen werden, wenn die Hypothek selbst durch Gerichtsbeschluß der Vollstreckung unterworfen ist. Deshalb kann auch der Gläubiger, wenn der Brief sich im Gewahrsam eines Dritten befindet, auf Grund des Pfändungsbeschlusses den etwaigen Anspruch des Schuldners gegen den Dritten auf Herausgabe pfänden, um auf diesem Wege die Übergabe des Briefes zu erzwingen und damit die Entstehung seines Pfandrechts an der Hypothek zu erreichen. Dieser Erfolg tritt aber erst dann ein, wenn der Brief

[5]) PrGeschAnw. § 75, Gaupp-Stein § 830 II 2, Seuffert § 830 2a.

Digitized by Google

in den unmittelbaren Besitz des vom Gläubiger beauftragten Gerichtsvollziehers gelangt ist. Ein mittelbares Besitzverhältnis genügt für den Begriff der Wegnahme überhaupt nicht, es könnte überdies auch nicht durch die Überweisung des Herausgabeanspruchs begründet werden, da die Überweisung in ihrer rechtlichen Wirkung der nach § 870 BGB. erforderlichen Abtretung nicht gleichsteht.[6]) Aus den gleichen Erwägungen erweist sich eine nachträgliche Pfändung derselben Briefhypothek für einen zweiten Gläubiger als unmöglich, solange der Erstgläubiger den Brief im Besitze hat.[7]) Denn die zwangsweise Wegnahme zu eigenem unmittelbaren Besitze kann der spätere Gläubiger keinesfalls erreichen, selbst dann nicht, wenn der Wert der Hypothek die vollstreckbare Forderung des Erstgläubigers weit übersteigen sollte. Ein mittelbares Besitzverhältnis ist nach dem Vorerwähnten gleichfalls ausgeschlossen. Nur die Einräumung des Mitbesitzes am Briefe kann das zweite Pfandrecht entstehen lassen, aber sie hängt lediglich von dem freien Willen des Erstgläubigers ab, der Nachstehende hat keinen Anspruch darauf. Auch der von Seuffert[8]) als einzige „Zuflucht" empfohlene Weg, daß nach Analogie von § 826 der Gerichtsvollzieher zu Protokoll erklärt, er pfände den Brief auch für den zweiten Gläubiger, erweist sich als ungangbar. Denn durch eine solche Erklärung könnte ebenfalls ohne Einverständnis des Erstgläubigers ein gemeinschaftlicher Besitz nicht geschaffen werden. Es enthält demnach hier in der Tat das geltende Recht eine bedauerliche Lücke.

Zu erwähnen bleibt nur noch, daß in 2 Fällen wiederum eine Ausnahme von der Ausnahme stattfindet, für diese also die Regel des § 829 eintritt, nämlich für die Pfändung von Forderungen auf Zinsrückstände und Kosten nach § 1159 BGB. und für die Pfändung einer Sicherungshypothek nach § 1187 BGB. (§ 830 Abs. 2). Auch diese Bestimmung bezweckt, die Gleichheit mit dem materiellen Hypothekenrechte des BGB. herzustellen, dessen § 1154 für die Übertragung jener Forderungen nicht gilt.

---

[6]) Gaupp-Stein § 830 II 2 a. E., Seuffert § 830 2a, Planck, BGB. (3) § 870, 2, RG. 63, 217.

[7]) Gaupp-Stein, § 830 V, Voß, VollstrZ. 12, 180.

[8]) § 830, 5.

Digitized by Google

II. Die formellen Beschränkungen. (Prozeßhindernisse.)

§ 27.

1. Die Konkurseröffnung über das Vermögen des Schuldners.

Während der Dauer des Konkursverfahrens dürfen nach § 14 KO. Arreste und Zwangsvollstreckungen zugunsten einzelner Konkursgläubiger weder in das zur Konkursmasse gehörige, noch in das sonstige Vermögen des Schuldners stattfinden. Es ist demnach, solange der Konkurs als generelles Vollstreckungsverfahren schwebt, jede Einleitung eines singulären Vollstreckungsverfahrens ausgeschlossen, mag auch der sachlichen Durchführung nichts entgegenstehen. Daraus ergibt sich ohne weiteres, daß die Konkurseröffnung eine formelle Schranke für das Vorgehen der Vollstreckungsorgane bildet, daß sie also einem Prozeßhindernis des Erkenntnisverfahrens gleich zu erachten ist. Sie hindert dagegen nicht die Feststellung der sachlichen Voraussetzungen und daher insbesondere nicht die Erteilung der Vollstreckungsklausel.[1]) Denn die Klausel selbst ist zwar ein für den Beginn des Verfahrens notwendiges Erfordernis, aber eben deshalb liegt ihre Beschaffung schon vor der Eröffnung des eigentlichen Vollstreckungsverfahrens und bleibt infolgedessen von einem Hindernis, welches sich nur diesem Verfahren entgegenstellt, völlig unberührt.

Eine trotz Ausbruch des Konkurses noch vorgenommene Pfändung kann keine Rechtswirkung erzeugen, ist also nichtig. Nur dieses Ergebnis ist mit dem Zweck des Konkursverfahrens vereinbar, nur auf diese Weise wird die anteilige gleichmäßige Befriedigung aller Gläubiger gewährleistet. Die Nichtigkeit tritt aber nicht nur zugunsten der Gläubigerschaft ein, sondern sie wirkt absolut, insbesondere auch zugunsten des Gemeinschuldners,[2]) wie sich schon aus der Fassung des § 14 KO. selbst ergibt: „noch in das sonstige Vermögen des Gemeinschuldners". Die Nichtigkeit ist, falls sie nicht von Amts wegen berücksichtigt sein sollte, nur im Wege des § 766 geltend zu machen, auch von seiten des Schuldners, denn eine sachliche Einwendung gegen den Anspruch (§ 767) kann nicht in Frage kommen.[3])

[1]) Gaupp-Stein § 724, 6; Jaeger KO. § 14 Anm. 14.

[2]) Jaeger Anm. 21; RG. 28, 283.

[3]) Jaeger Anm. 22; Gaupp-Stein § 766 I, 1; Seuffert § 766, 2c; Falkmann 375 Anm. 9; RG. 29, 76. — A. M. Petersen-Kleinfeller, KO. § 14 Anm. 4 (für § 767).

Digitized by Google

Gerade in dieser Hinsicht tritt der Unterschied gegenüber der Anfechtbarkeit deutlich hervor. Denn speziell die Konkursordnung läßt für gewisse Pfändungen die Möglichkeit der Anfechtung ausdrücklich zu (§ 35), aber nur, um die Wirksamkeit gegenüber den Konkursgläubigern, nicht gegenüber dem Gemeinschuldner, zu beseitigen, und dieser Erfolg muß im ordentlichen Klageweg erstritten werden, ein Erinnerungsverfahren vor dem Vollstreckungsgericht nach § 766 ist ausgeschlossen.

Die Nichtigkeit ist nicht nur absolut, sondern auch unheilbar. Die Konvaleszierung einer Pfändung, die schon vor der Konkurseröffnung im Entstehen begriffen, aber noch nicht zum Abschluß gelangt war, ist deshalb unmöglich. Namentlich wird also an einer Hypothek, mag auch der Pfändungsbeschluß erlassen und dem Drittschuldner bereits zugestellt sein, ein wirksames Pfandrecht nicht begründet, wenn vor Briefübergabe oder Eintragung die Eröffnung des Konkurses erfolgt. Nicht anders gestaltet sich die Rechtslage bei der Vorpfändung, sobald innerhalb der dreiwöchigen Frist des § 845 Abs. 2 der Konkurs ausbricht[4]), und dasselbe ist von der Praxis mit Recht für den Fall angenommen worden, in dem die Pfändung selbst zwar vor der Konkurseröffnung, aber nach Erlaß des allgemeinen Veräußerungsverbots (§ 106 KO.) erfolgt war.[5])

Ebensowenig tritt eine Konvaleszenz ein durch die nachträgliche Einstellung des Konkursverfahrens.[6])[7])

§ 28.

2. Die Beschränkungen aus § 775.

In gewissen Fällen ist nach § 775 die Zwangsvollstreckung „einzustellen oder zu beschränken". Die einzelnen Fälle können

[4]) A. M. nur v. Völderndorff, ZZP. 6, 168.

[5]) Vgl. RG. 26, 425; 42, 366, KG. in GruchotsBeitr. 28, 279, ferner Jaeger Anm. 13 und die Kommentare zur ZPO. (zu § 845), Planck 2, 738. — A. M. Weigelin 17.

[6]) OLG. Naumburg, NaumbZ. 04, 45.

[7]) Dieser letzte Satz findet insbesondere auch entsprechende Anwendung, wenn im Falle des § 865 Abs. 2 S. 2 das Immobiliarvollstreckungsverfahren nachträglich aufgehoben wird. Die zuvor in unzulässiger Weise erfolgte Pfändung der Gegenstände, auf welche sich die Hypothek erstreckt, bleibt also nichtig. Die prozeßhindernde Wirkung der Beschlagnahme tritt in diesem Fall, wie schon oben ausgeführt wurde (S. 125), in Konkurrenz mit dem Mangel der Zuständigkeit.

Digitized by Google

jedoch nicht eine gleichmäßige Bedeutung beanspruchen. Absolutes Hindernis für die Entstehung eines wirksamen Pfändungspfandrechts ist vielmehr nur die Vorschrift in Ziff. 1. Der Gerichtsvollzieher darf nicht mehr pfänden, wenn eine Entscheidung vorgelegt wird, welche entweder den Vollstreckungstitel selbst aufhebt und damit dem Verfahren die unentbehrliche Grundlage entzieht oder welche aus sonstigen Gründen die Unzulässigkeit der Zwangsvollstreckung ausspricht. In diesen Fällen ist für ein weiteres Verfahren kein Raum mehr.

Das gleiche gilt für Ziff. 3, denn durch die Erfüllung der zur Abwendung der Vollstreckung nachgelassenen Sicherheitsleistung entfällt die formelle Vollstreckbarkeit des Titels. Deshalb müssen auch in diesen Fällen der Ziff. 1 und 3 die etwa schon erfolgten Vollstreckungsmaßregeln nach § 776 aufgehoben werden. Eine Zwangsvollstreckung darf in solchen Fällen überhaupt nicht vorgenommen, also weder eingeleitet, noch fortgesetzt werden, der Gerichtsvollzieher muß vielmehr, ebenso wie im Falle der Konkurseröffnung, von Zwangsmaßregeln gänzlich Abstand nehmen.[1]) Daraus ergibt sich gleichzeitig, daß eine trotzdem begonnene Zwangsvollstreckung nichtig ist und nicht nur vom Schuldner, sondern auch von dritten Gläubigern ihre Beseitigung gemäß § 766 verlangt werden kann. Denn nach endgültigem Wegfall des Vollstreckungsanspruchs kann ein wirksames Pfandrecht nicht mehr begründet werden.

Dagegen betrifft Ziff. 2 nur eine einstweilige Regelung und Ziff. 4 und 5 nur die Glaubhaftmachung dafür, daß die sachliche Befriedigung des Gläubigers erfolgt ist. Der Vollstreckungsanspruch ist damit aber nicht beseitigt. Diese Umstände stehen deshalb, wie auch aus § 776 hervorgeht, der Aufrechterhaltung und eventuellen Fortsetzung des formellen Verfahrens nicht entgegen, sie können daher auch keinesfalls zur Nichtigkeit einer etwa dennoch fortgesetzten Vollstreckung führen, sondern nur unter Bezugnahme auf die bereits erfolgte sachliche Anfechtung vom Schuldner geltend gemacht werden.

[1]) So auch Falkmann 172, Jacobi, ZZP. 25, 461, Seuffert § 775[1]. Auch Gaupp-Stein § 775[1] verweisen auf die Ähnlichkeit mit KO. § 14, ebenso Petersen-Anger 1, Wilm.-Levy 1 zu § 691 a. F.

Digitized by Google

Quellenregister.

(Es sind nur diejenigen Paragraphen aufgenommen, die eine nähere Berücksichtigung erfahren haben.)

I. ZPO.

§ 50 S. 116.
§§ 81 ff. „ 121.
§ 188 „ 164.
§§ 203 ff. „ 168.
§ 295 „ 140, 167.
§§ 309 ff. „ 26 ff.
§§ 579 f. „ 6.
§§ 704 ff. „ 25 ff.
§ 721 „ 59.
§§ 724 f. „ 123, 131 ff.
§§ 727 ff. „ 132 f., 159.
§ 732 „ 29, 32, 39, 45, 134.
§ 733 „ 135.
§§ 735 ff. „ 44, 154 ff.
§§ 750 ff. „ 136 ff., ferner 38, 45, 116 ff.
§ 755 „ 119, 121.
§ 759 „ 162 f.
§ 761 „ 163 f., 166.
§§ 762 f. „ 165.
§ 766 „ 46, 49, 53, 56, 81, 126, 147, 160, 172 ff.
§ 767 „ 21, 32, 39, 80, 172.
§ 768 „ 46, 134.
§ 771 „ 81, 91 ff., 101[15], 126 f., 156, 160.
§ 774 „ 156 f.
§§ 775 f. „ 173 f.
§ 777 „ 48 ff.
§ 779 „ 118.
§ 780 „ 20.
§ 791 „ 43.
§ 794 „ 26 f., 39 ff., 150 f.
§ 797 „ 123, 135.
§ 798 „ 151.
§ 800 „ 150.
§ 801 „ 43.
§ 803 „ 51 ff.
§ 804 „ 2, 94.
§ 805 „ 128.
§ 806 „ 102.
§§ 808 f. „ 151 ff.
§ 810 „ 94, 127.
§§ 811 f. S. 56 ff.
§ 813 „ 166.
§ 815 „ 2.
§ 816 „ 129[7].
§ 819 „ 104.
§ 826 „ 141, 161, 165, 171.
§§ 828 f. „ 123, 167 ff.
§ 830 „ 169 ff.
§ 831 „ 123, 125.
§ 834 „ 61, 169.
§ 835 „ 73.
§ 836 „ 70 f.
§ 845 „ 173.
§ 847 „ 152.
§§ 850 f. „ 56 ff.
§ 852 „ 75.
§ 865 „ 125 ff.
§ 866 „ 117.
§ 888 „ 23[8].
§ 929 „ 144, 146.

II. BGB.

§§ 184 f. „ 97 f.
§§ 399 f. „ 66, 68, 84.
§ 812 „ 102 ff., 123, 147.
§§ 813 f. „ 148.
§ 816 „ 102 ff.
§ 823 „ 46, 107, 161.
§ 826 „ 20[3], 38.
§ 831 „ 108.
§ 839 „ 108.
§ 858 „ 161.
§ 870 „ 171.
§ 929 „ 112.
§ 935 „ 143.
§ 959 „ 112.
§ 1207 „ 93.
§§ 1242 f. „ 143.
§ 1244 „ 129[7], 144.
§ 1247 „ 129, 147.
§ 1256 „ 111.
§ 1274 „ 66, 84
§ 1443 „ 156, 158.

Digitized by Google

Sachregister.

Die größeren Zahlen bezeichnen die Seiten, die kleineren die Anmerkungen.

Ablauf des Kalendertages 9, 136 ff., 150 f.
Abwesenheit des Schuldners 163.
Amts wegen, Berücksichtigung der Unpfändbarkeit v. A. 61, 85; der formellen Bedingungen 119 f., 122, 125, 134, 147, 172, 174.
Anfechtbarkeit, Begriff 5 ff.
Anfechtung wegen Gläubigerbenachteiligung 20[3], — eines Vergleichs 39, — der Vollstreckung wegen Mängeln des Titels 28 ff., — wegen mangelnder Sachlegitimation 45, — wegen mangelnden Rechtsschutzbedürfnisses 47, — wegen Überpfändung 51, — wegen zweckloser Pfändung 53, — wegen Unpfändbarkeit 62 ff., — wegen Verletzung fremden Eigentums 91 ff.
Anlegung von Siegeln 161.
Anschlußpfändung 141, 161, 165, — bei Vollstreckung in Briefhypotheken 171.
Arrestatorium 167.
Aufforderung zur Freigabe 109.
Auftrag zur Vollstreckung 119.
Ausbeutung der Rechtskraft 20[3], — einer offenbaren Unrichtigkeit des Urteils 38.
Ausfertigung, vollstreckbare s. Vollstreckungsklausel.
Ausland, Vollstreckung im A. 43; Aufenthalt des Drittschuldners im A. 168; Ausländische Urteile 26.

Bankfafes 152 f.
Beendigung der Vollstreckung 73 f.
Beginn der Vollstreckung 136 ff.
Benachrichtigung des Schuldners 166.
Beneficium excussionis 49.
Bereicherung, ungerechtfertigte 88, 102 ff., 122, 130, 147.
Beschlagnahme in der Zwangsversteigerung 1[2], 125 ff., 173[7].
Besitz s. Gewahrsam.
Besitzergreifung durch den Gerichtsvollzieher 161.
Bestandteile eines Grundstücks 125 ff.
Bestimmtheit der Leistung 24.
Bezeichnung der Parteien 149 f.

Disziplinarisches Vorgehen gegen den Gerichtsvollzieher 167.
Dritte im Gegensatz zu Gläubiger und Schuldner 155 ff.; Anfechtungsrecht Dritter bei Unpfändbarkeit 77 ff.; Verletzung der Rechte Dritter 89 ff.; Verletzung des Gewahrsams Dritter 151 ff.
Drittschuldner, Anfechtungsrecht bei Unpfändbarkeit 80; Zustellung des Pfändungsbeschlusses an ihn 167 ff.; Hinterlegungsbefugnis 80.
Duldung der Zwangsvollstreckung, Pflicht zur — 150.

Eheleute, Zwangsvollstreckung gegen E. 154 ff.
Eigentum Dritter 89 ff., — des Gläubigers selbst 109 ff. S. auch Grundstückseigentümer.
Einstellung der Vollstreckung 29, 173, — des Konkurses 173.
Einwendungen aus § 766 — 46, 49, 53, 56, 81, 126, 147, 160, 172 ff., — gegen die Vollstreckungsklausel 29, 32, 39, 45 f., 134, — gegen den Anspruch selbst s. Vollstreckungsgegenklage.
Einwilligung s. Verzicht.
Elterliche Nutznießung 155, 157.
Entscheidungsgründe s. Urteil.
Erbe, Beschränkung seiner Haftung 20, — bei Testamentsvollstreckerverwaltung 44, 155.
Ersichtlichmachung der Pfändung 161.
Ersteher, guter Glaube 129[7], 143
Erzwingbarkeit der Leistung 23.

Falsus procurator 122.
Familienmitglieder, Anfechtungsrecht bei Unpfändbarkeit 77, 80.
Faustpfand s. Pfandrecht.
Feiertage 163 f.

Digitized by Google

Feststellung des unbestimmten Urteilsinhalts 24.
Feststellungsklage auf Richtigkeit des Titels 42.
Firma als Parteibezeichnung 149.
Forderungspfändung 56 ff., 117, 167 ff.
Freigabe der Pfandobjekte 77, 109.
Fremdes Eigentum, Vollstreckung in — 90 ff.
Fristberechnung im Falle des § 798 — 151.
Früchte eines Grundstücks 94, 127.

Gehilfe, Anfechtungsrecht bei Unpfändbarkeit 78.
Geld, Pfändung von G. 1.
Gemeinschaftlicher Gewahrsam 152.
Gerichtsgewalt, Mangel der G. 7, 10[16].
Gerichtsvollzieher, Prüfung der Vollstreckungsfähigkeit des Titels 25, — des Rechtsschutzbedürfnisses 49, — des Wertes der Pfandobjekte 52, 56, 166, — der Unpfändbarkeit 61, 85, — der Eigentumsverhältnisse 89 ff., Schadensersatz bei schuldhafter Verletzung fremden Eigentums 107 f.; Prüfung der Partei- und Prozeßfähigkeit 119 f., — der Vertretungsbefugnis 120; Zuständigkeit 123; Prüfung der Vollstreckungsklausel 134, — des Gewahrsams 151 ff.; Besitznahme oder Ersichtlichmachung 161; Zuziehung von Zeugen 162, — von Sachverständigen 166; Zeit der Pfändung 163; Protokoll 165; Benachrichtigungen 166; Vorzeigung der Erlaubnisverfügung 166; Einstellung der Vollstreckung 173 f.; Widerstand 162, 165.
Gesellschaft als Partei 119.
Gesetzlicher Vertreter, Legitimation 120; Gewahrsamsinhaber 154; Anwesenheit bei der Pfändung 163.
Gesinde, Anfechtungsrecht bei Unpfändbarkeit 78; Gewahrsam 152.
Gewahrsam 90, 151 ff.
Gläubiger, Begriff 43 f.; Parteistellung 115 ff.; Tod 121; eigene Sache des Gl. als Vollstreckungsobjekt 109 ff.; Bereicherungshaftung 88, 102 ff., 122, 130, 147; Schadensersatz 20[3], 38, 46 f., 107.
Grundstück, Bestandteile 125 ff.; Früchte 94, 127.
Grundstückseigentümer, Vollstreckungsklausel gegen ihn im Falle des § 800 — 150.
Guter Glaube des Gläubigers bei Pfändung fremder Sachen 95, — des Erstehers 129[7], 143.
Gütergemeinschaft s. Eheleute.

Hinterlegung durch den Drittschuldner 80, — durch den Schuldner berechtigt nicht zum Widerspruch aus § 777 — 51.
Hypothek, Pfändung 169 ff.; Gegenstände, auf welche sich die H. erstreckt 79, 125, 173[7].
Hypothekengläubiger, Schutz gegen unzulässige Pfändung 79, 125.

Identität der Parteien 149.
Indossable Forderungen 123, 125.
Inhibitorium 169.

Kalendertag, Ablauf des K. 9, 136 ff., 150 f.
Kaufmann als Partei s. Firma.
Kindesvermögen, Vollstreckung in K. 157.
Klagerecht 12.
Klausel s. Vollstreckungsklausel.
Konfusion 95 f.
Konkurrenz von Anfechtbarkeit und Nichtigkeit 34 f., — von Mängeln in den formellen Bedingungen 125, 173[7].
Konkurseröffnung 172 f.
Konkursverwalter, Anfechtungsrecht 80, 173.
Kostendeckung, Unterlassung der Pfändung bei mangelnder K. 53 ff.
Künstlername als Parteibezeichnung 149.

Landesgesetzliche Vollstreckungstitel 43.
Landwirtschaftliche Arbeiter, Anfechtungsrecht bei Unpfändbarkeit 79.
Legitimation des Vertreters 120, — des Gerichtsvollziehers 119, 121.
Leistung, Bestimmtheit 24, Erzwingbarkeit 23.

Mieter, Gewahrsam 152.
Militär 124.
Minderjährige als Parteien der Zwangsvollstreckung 120, 154, 163.
Mitgewahrsam 152.
Mitteilung s. Benachrichtigung und Gerichtsvollzieher.
Möblierte Zimmer, Gewahrsam 152.

Digitized by Google

Nachholung fehlender Unterschrift oder Verkündung des Urteils 36, — der Vollmacht 121; — der Zustellung des Titels 138 ff., — der Erlaubnisverfügung 163.
Nachlaß, Vollstreckung in den N. 118.
Nachlaßverwaltung, Vollstreckung gegen den Erben bei bestehender N. 44, 155.
Nachtzeit 163.
Namentliche Bezeichnung der Parteien 149 f.
Nichtigkeit, Begriff 5 ff., — des Urteils 7, 24[10], — des Vollstreckungsverfahrens wegen formeller Mängel 119 f., 122, 124, 131, 137, 160 f., 163, 167, 172 ff.
Nichtigkeitsklage 7.

Öffentliche Zustellung des Pfändungsbeschlusses 168.
Offenbare Unrichtigkeit des Urteils 38.
Offenbarungseid 139[9], 159.
Offenkundigkeit der Rechtsnachfolge 132 f.

Parteien der Zwangsvollstreckung 43 ff, Bezeichnung 149 f., Gegensatz zu Dritten 155 ff., Tod einer Partei 118, 121.
Parteifähigkeit 7, 116 ff.
Pfändung, Begriff 1, sachliche Ausdehnung 20—114, insbesondere 51 ff., formelle Ausdehnung 114 ff.; — durch den Gerichtsvollzieher 151 ff., durch das Vollstreckungsgericht 167 ff.
Pfändungsverbote 56 ff.
Pfandbruch 49, 69, 92, 139.
Pfandrecht des Gläubigers außerhalb der Vollstreckung 47 ff.
Pfandverstrickung 69, 93.
Pfandzeichen 161.
Pflichtteil, Pfändung 75.
Protokoll des Gerichtsvollziehers 165.
Prozeßbevollmächtigter, Legitimation 120 f., Zustellung des Titels an ihn 148.
Prozeßfähigkeit 116 ff. S. auch Minderjährige.
Prozeßhindernisse 172 ff.
Prozeßvoraussetzungen, Begriff 18, im einzelnen 115 ff.

Räumungsfrist 59.
Realgläubiger s. Hypothekengläubiger.
Rechnungsfehler im Urteile 38.
Rechtsanwalt als Bevollmächtigter des Gläubigers 120 f.
Rechtshilfe 43
Rechtskraft 25, Ausbeutung der R. 20[3], Zeugnis der R. 25, 131.
Rechtsnachfolger, Vollstreckung gegen R. 45, 132.
Rechtsschutzanspruch 11 ff.
Rechtsschutzbedürfnis 47 ff.
Rechtsschutzvoraussetzungen 18.
Rechtsweg, Zulässigkeit 122.

Sachen, unpfändbare 56 ff., — Dritter 89 ff., — des Gläubigers selbst 109 ff.
Sachverständige, Zuziehung 166.
Schadensersatz bei Ausbeutung der Rechtskraft 20[3], — — einer offenbaren Unrichtigkeit des Urteils 38, — bei unterlassener Umschreibung der Klausel 46, — bei Verletzung fremder Rechte 107, — — fremden Gewahrsams 161.
Schiedsspruch, Vollstreckbarkeit 26.
Schrankfächer s. Banksafes.
Schreibfehler im Urteile 38.
Schuldner, Begriff 43, Parteistellung 115 ff., Abwesenheit 163, Benachrichtigung 166, Gewahrsam 90, 151, Tod 118, Zustellung des Titels 148, des Pfändungsbeschlusses 164, 169. Wegen Einwendungen u. Verzicht siehe dort.
Schuldtitel s. Vollstreckungstitel.
Selbsthilfe 10, 14.
Sicherheitsleistung, Einstellung d. Vollstreckung 174.
Siegel als Pfandzeichen 161, Amtssiegel bei der Vollstreckungsklausel 131.
Sonntag 151, 163.
Surrogation 129 f., 147.

Tag s. Kalendertag.
Tatbestand s. Urteil.
Tenor s. Urteil.
Testamentsvollstrecker als Schuldner 44, 155 ff.
Titel s. Vollstreckungstitel.
Tod einer Partei 118, 121.

Übergabe des Hypothekenbriefs 169 ff.
Überpfändung 51 ff.
Übertragbarkeit von Forderungen und ihr Einfluß auf die Pfändbarkeit 66 ff.
Überweisung der gepfändeten Forderung 70, 73, 117, 154, 171.
Umschreibung der Vollstreckungsklausel 45 ff., 132.
Unbestimmtheit der Leistung 24.

Digitized by Google

Ungerechtfertigte Bereicherung s. Bereicherung.
Unpfändbarkeit 56 ff.
Unrichtigkeit des Urteils 38.
Unterbrechung des Verfahrens 118, 121.
Unterschrift des Urteils 33 ff., — der Vollstreckungsklausel 131.
Unterwerfungsklausel 27, 150.
Urkunde, vollstreckbare, als Titel 26 f., 42.
Urteil als Titel 25, 28 ff., Nichtigkeit des U. 7, 24[10], ausländisches 26, Fehlen von Tatbestand oder Entscheidungsgründen 28 ff., — von Unterschrift oder Verkündung 33 ff., Unbestimmtheit der Urteilsformel 30 ff. S. auch Rechtskraft, Vollstreckbarkeit, Zustellung.
Urteilsanspruch 11.

Vater s. Vertreter u. Kindesvermögen.
Verbot der Zahlung an den Drittschuldner 167.
Verein ohne Rechtsfähigkeit als Gläubiger 116 ff.
Vergleich als Vollstreckungstitel 26, 39 ff.
Verkündung des Urteils 33 ff.
Verlust der vollstreckbaren Ausfertigung 135.
Vermögensmassen als Gegenstand der Vollstreckung 44, 155 ff.
Vermutungen im ehelichen Güterrechte 155.
Verschulden s. Schadensersatz.
Versteigerung, Rechtmäßigkeit 129[7], 143.
Vertrag über Ausschluß der Pfändungsverbote 82, über Ausschluß d. Vollstreckungsklausel 131.
Vertretung 120 ff.
Verwaltungszwangsverfahren 122.
Verweigerung der Annahme bei der Zustellung 164.
Verzicht auf die Exekutivkraft des Titels 21, — auf Mängel des Titels 29, 34, — auf ein früheres Pfandrecht 50[7], — auf die Einwendung aus § 777 — 50[7], — auf die Pfändungsverbote 82 ff., — des Drittseigentümers auf sein Widerspruchsrecht 96 ff., — des Gläubigers auf das Eigentum an der zu pfändenden Sache 112, — auf die Vollstreckungsklausel 131, — auf die Vorschriften der §§ 750—752 139 ff., — auf die Zustellung des Pfändungsbeschlusses 167.
Vollmacht 120 f.
Vollstreckbare Urkunde s. Urkunde.
Vollstreckbarkeit, Begriff 21 f., vorläufige 25.
Vollstreckungsanspruch 11 ff.
Vollstreckungsfähigkeit 21 ff., 27, 30, 47[1].
Vollstreckungsgegenklage 21, 32, 39, 80, 172.
Vollstreckungsgericht, Zuständigkeit 123, Pfändung 167 ff.
Vollstreckungsklausel, Begriff 130, Form 131 ff., Zuständigkeit zur Erteilung 124, 135, Einwendungen gegen die Zulässigkeit 29, 32, 39, 45, 134, — bei Vergleichen 41 f.
Vollstreckungstitel, Begriff 19 ff., einzelne Titel 25 ff., bewußte rechtswidrige Verschaffung des Titels 20[3], Verzicht 21, 29, 34, Zustellung 136 ff., 148.
Vollstreckungsurteil 26, 132.
Vormund s. gesetzlicher Vertreter.
Vorpfändung 173.

Wechsel, Pfändung 123, 125, 129[7].
Wegnahme gepfändeter Sachen 161, — des Hypothekenbriefs 168.
Widerspruchsklage 81, 91 ff., 101[15], 126 f., 156, 160.
Widerstand gegen den Gerichtsvollzieher 162, 165.

Zahlung durch Empfangnahme des Erlöses 104, Verbot der Z. an den Drittschuldner 167.
Zeit der Pfändung 163 f.
Zeugen, Zuziehung 120, 162 f.
Zubehör, Pfändung 79, 125 ff.
Zulässigkeit des Rechtswegs 122.
Zuständigkeit 9, 123 ff., 135.
Zustellung des Titels 34, 38, 136 ff., 148, — des Pfändungsbeschlusses 167.
Zwangshypothek 117.
Zwangsversteigerung 1[2], 125 ff., 173[7].
Zwangsvollstreckung, Begriff 10 ff., im übrigen siehe die einzelnen Materien.

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H., Schöneberg-Berlin.

Digitized by Google

Digitized by Google

Handausgabe
des
Bürgerlichen Gesetzbuchs
für das Deutsche Reich

unter Berücksichtigung der sonstigen Reichsgesetze und der Gesetzgebungen **aller** Bundesstaaten insbesondere Preußens für Studium und Praxis

bearbeitet von

Dr. Hugo Neumann,

Rechtsanwalt am Königl. Kammergericht zu Berlin.

1905. Vierte, vermehrte und verbesserte Auflage.

3 Bände. 147½ Druckbogen. Geh. 30 M. Geb. in Halbfranz 36 M.

Aus den neuesten Besprechungen:

„Die Neumannsche Handausgabe bedarf nicht mehr der Empfehlung. Es kann nur die Angabe des Titels bestätigt werden, daß es sich um eine mannigfach vermehrte und verbesserte Ausgabe handelt, die überall die Rechtsprechung und Literatur berücksichtigt und bei aller Kürze das Gegebene nicht bloß reproduziert, sondern selbständig verarbeitet hat. Die dem Praktiker so erwünschte Handlichkeit ist durch Abdruck des Textes der das Privatrecht unmittelbar berührenden Reichsgesetze in dankenswerter Weise vermehrt. Das Sachregister ist mit großer Sorgfalt gearbeitet."

Präsident der Justizprüfungskommission **Dr. Eccius** (Gruchots Beiträge 49. Jahrg.).

— „Dem mitten in der Praxis des in mancher Hinsicht noch immer höchsten preußischen Gerichtshofes stehenden Verfasser fließen die Fälle des praktischen Lebens so reichlich zu und sie werden von ihm so eifrig außerdem gesucht, daß man in Neumanns Handausgabe des BGB. auf zahllose Fragen Antwort findet, bei denen einen alle anderen Kommentare im Stich lassen. Daneben ist die Judikatur ebenso sorgfältig wie kritisch verarbeitet. Aber trotz der Fülle des so auf engsten Anmerkungen zusammengetragenen Stoffes bleibt die Übersichtlichkeit und die Möglichkeit, sich rasch zu orientieren, bestens gewahrt, dank der besonderen Gabe des Verfassers, zu rubrizieren, zu klassifizieren, in Ober- und Unterabteilungen einzuteilen. Über die Vorzüge dieses weit verbreiteten Werkes sich im einzelnen zu äußern, kann füglich unterbleiben. Es ist für die Praxis noch immer das beste Handbuch zum Bürgerlichen Gesetzbuche."

Amtsrichter **Dr. Sontag** (Tägliche Rundschau v. 12. Januar 1906).

— „Die vierte Auflage weist noch eine beträchtliche Vermehrung sowie verschiedene Verbesserungen auf und es kann nun mit Recht gesagt werden: die Neumannsche Handausgabe hat unter der stattlichen Zahl der kommentierten Ausgaben des BGB. seine führende Stelle behauptet und gefestigt." Der Bearbeitung ist die Literatur und Judikatur bis herein in die neueste Zeit (Juli 1905) zugrunde gelegt. Seine Zuverlässigkeit, Übersichtlichkeit und Klarheit des Ausdrucks wie sein vorzügliches System in der Darstellungsart sind eben Vorzüge, die in anderen Werken nur selten zu finden sind."

(Justizdienstliche Rundschau v. 1. Januar 1906.)

Digitized by Google

Zur Lehre
von der
materiellen Rechtskraft.

Von
Dr. jur. Max Pagenstecher,
Gerichtsassessor,
Privatdozent an der Universität Würzburg.

1905. Geheftet 10 M.

— „Die Schrift, welche die vertretenen Ansichten fast stets an der Hand von Beispielen erörtert, auch in einem besonderen Abschnitt zur Rspr. d RG. Stellung nimmt, bietet auch dem Praktiker eine Fülle von Anregungen. Sie hat auch bereits in der Literatur und in der reichsgerichtlichen Rechtsprechung mehrfach Beachtung gefunden."
(Badische Rechtspraxis).

In Vorbereitung:

Willenserklärung und Willensgeschäft,
ihr Begriff und ihre Behandlung
nach bürgerlichem Gesetzbuch.
Ein System der juristischen Handlungen
von
Dr. Alfred Manigk,
o. ö. Professor der Rechte in Königsberg i. Pr.

In Vorbereitung:

Der Schuldbegriff.
Eine Untersuchung seiner rechtlichen Natur
und seiner dogmengeschichtlichen Entwickelung im Zivilrechte.

Von
Dr. Fritz Litten,
a. o. Professor der Rechte an der Universität Halle a/S.

Umfang etwa 14 Druckbogen. Preis etwa 5 M.

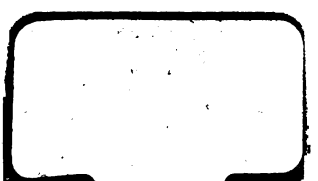
Verlag von Franz Vahlen in Berlin W. 8.

Druck von Gebhardt, Jahn & Landt G. m. b. H., Schöneberg-Berlin.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google



Digitized by Google